

La garantía de los derechos humanos en un Estado constitucional de derechos y justicia: la acción por incumplimiento en el Ecuador

Tesis que, para la colación del grado
de Doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología
por la Universitat de València
y de Dottore di Ricerca in “Diritti Umani: Evoluzione,
Tutela e Limiti” Dell’Università degli Studi di Palermo
presenta el Ldo.

D. Emilio Gabriel Terán Andrade

Bajo la dirección de los Profs. Dres.

D. Carlos Flores Juberías

y **D. Pasquale De Sena**

Palermo, 3 de marzo de 2020



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PALERMO



VNIVERSITAT
E VALÈNCIA

Tabla de contenidos

Agradecimientos	9
Abreviaturas	11
Resumen	15
Abstract	17
Introducción General	19
Capítulo Primero	
Las obligaciones y garantías del Estado frente a los derechos humanos: un análisis del Sistema Interamericano y el Sistema Universal de Derechos Humanos.	
Introducción	23
1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus organismos y evolución	24
1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	26
1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	28
2. Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos: los instrumentos y jurisprudencia del SIDH	30
2.1. Las obligaciones generales: el respeto y la garantía de los derechos humanos	32
2.2. Obligaciones relativas: prevenir, investigar y sancionar	35

2.2.1.	Obligación de adecuar disposiciones del ordenamiento interno y la reparación	38
3.	El Sistema Universal de Protección: La Organización de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos	48
3.1.	La Organización de Naciones Unidas y sus órganos	48
3.2.	Los derechos humanos y la ONU	55
3.2.1.	Sistema de protección de los derechos humanos: los Órganos basados en la Carta de la ONU	55
3.2.2.	Sistema de protección de los derechos humanos: los Órganos basados en los Tratados.	59
4.	Las obligaciones del Estados en el SUDH: los instrumentos universales y la teoría de los tres niveles	68
4.1.	Las Obligaciones de los Estados: las fuentes del Sistema Universal	69
4.1.1.	La obligación de promover	69
4.1.2.	La obligación de cooperar	71
4.1.3.	La obligación de asegurar	72
4.1.4.	Las obligaciones de respetar y garantizar	72
4.1.5.	La obligación de adoptar medias	74
4.2.	Las Obligaciones de los Estados: esquema de los tres niveles	78

Capítulo Segundo

El Estado constitucional de derechos y justicia: una respuesta a los procesos eurocéntricos

Introducción	85	
1.	La garantía de los derechos en el Estado de derecho: fin del Estado absolutista.	86
1.1.	El Estado de derecho y la ley: la legalidad y los principios de generalidad y abstracción	90

1.2.	El Estado de derecho y el gobierno: el gobierno de las leyes y el gobierno de las personas	93
1.3.	La garantía de los derechos en el Estado de derecho	96
2.	El Estado constitucional: La Constitución como norma superior	98
2.1.	La Constitución en el Estado constitucional	100
2.2.	La garantía de los derechos en el Estado constitucional: la lucha de las reglas y los principios	103
3.	Del Estado derecho (legislativo y constitucional) al sistema de garantías de Ferrajoli	105
3.1.	Una aproximación al Estado desde la perspectiva de Ferrajoli	105
3.2.	Las garantías y la Constitución: sistema de garantías de Ferrajoli	109
4.	Del neoconstitucionalismo europeo al nuevo constitucionalismo latinoamericano	112
4.1.	El neoconstitucionalismo, un nuevo constitucionalismo europeo	113
4.2.	El constitucionalismo latinoamericano: una respuesta con nuevos paradigmas	115
4.2.1.	El nuevo constitucionalismo latinoamericano: los procesos de Colombia, Venezuela y Bolivia	118
4.2.2.	Elementos materiales y formales, comunes al Nuevo constitucionalismo latinoamericano	121
4.3.	El nuevo constitucionalismo latinoamericano: una respuesta a los procesos eurocéntricos	125
4.3.1.	El pluralismo jurídico como una respuesta emancipadora	128
5.	El constitucionalismo ecuatoriano, una propuesta con el “Estado constitucional de derechos y justicia”	132
5.1.	Historia del Constitucionalismo Ecuatoriano (1830- 2008)	133
5.2.	El Estado constitucional de derechos y justicia	135
5.3.	Los límites del pluralism jurídico: un análisis real de la justiciar indígena	139
5.4.	La inclusion de nuevos derechos en el Estado constitucional De derechos y justiciar: el derecho a la naturaleza y el Sumak Kawsay	148

Capítulo Tercero

El sistema de garantías constitucionales en el Ecuador

Introducción	155
1. Las garantías y la Constitución: una primera aproximación	156
2. El sistema de garantías constitucionales en el Ecuador	159
2.1. Las garantías normativas	166
2.2. Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana: el Sumak Kawsay como eje central	168
2.3. Las garantías institucionales: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como innovación en el 2008	172
2.4. Las garantías jurisdiccionales	176
2.4.1. Disposiciones comunes para las garantías jurisdiccionales	178
2.4.2. Acción de protección	181
2.4.3. Acción de hábeas corpus	182
2.4.4. Acción de acceso a la información pública	184
2.4.5. Acción de hábeas data	185
2.4.6. Acción extraordinaria de protección	186

Capítulo Cuarto

La acción de incumplimiento en el Ecuador

Introducción	191
1. La acción por incumplimiento: una aproximación conceptual y normativa	192
1.1. Algunas divergencias sobre la acción por incumplimiento: la legitimación, el reclamo, la demanda, la inadmisión y el procedimiento	197
1.2. La Corte Constitucional en el Ecuador	200

1.2.1.	Control de constitucionalidad y de convencionalidad en el Ecuador	209
1.3.	Las normas que regulan la acción por incumplimiento	218
2.	Estudio comparado de la acción por incumplimiento: los casos de Colombia, Bolivia y Venezuela	220
2.1.	Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de cumplimiento: el caso de la Constitución colombiana de 1991	221
2.2.	Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de cumplimiento: el caso de la Constitución boliviana de 2009	224
2.3.	Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de amparo: el caso de la Constitución venezolana de 1999	227
3.	La acción por incumplimiento en el contexto material: un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana (2008- 2018)	229
3.1.	Análisis general de las sentencias de acción por incumplimiento	232
3.2.	Análisis especial de las sentencias de acción por incumplimiento: un estudio desde el Estado constitucional de derechos y justicia	241
3.2.1.	La acción por incumplimiento y las sentencias de organismos internacionales: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	243
3.2.2.	Las sentencias de acción por incumplimiento y el pluralismo jurídico	253
3.3.	Otros aspectos importantes de las sentencia de acción por incumplimiento: la reparación de las víctimas	259
	Conclusiones	263
	Anexos	277
	Bibliografía	285

Agradecimientos

El presente trabajo académico, ha sido el resultado de un proceso de investigación que ha recogido varias experiencias de académicos y de estancias en diferentes espacios —centros académicos y organismos internacionales—, con la finalidad, de que recoja el mayor número de argumentos en diferentes espacios; en ese contexto, deseo agradecer primero a Dios, quien me ha abierto las puertas necesarias para poder cumplir con todas las actividades que he planificado durante vida. Además, deseo expresar mi admiración y agradecimiento a mis tutores —Prof. Carlos Flores y Prof. Pasquale De Sena—, quienes me han apoyado y han realizado las coordinaciones necesarias, para que pueda cumplir con las actividades —internas e internacionales— que hemos planificado; además, que cada uno de sus comentarios y recomendaciones han logrado que esta tesis tenga el nivel académico que se está presentando.

Asimismo, deseo agradecer a las Universidades de Palermo (Italia) y de Valencia (España), al personal directivo y administrativo de los Doctorados, en especial a la Directora del Programa de Doctorado en Derechos Humanos: Evolución, Tutela y Límite —Prof. Isabel Trujillo—, quien, desde la postulación, me ha ayudado en todos los procesos necesarios para culminar con éxito estos Doctorados. Además, quiero expresar mis sentimientos de estima, a mis compañeros en la “Università Degli Studi Di Palermo”, en especial a mis amigos del XXXII ciclo del Doctorado.

También, deseo agradecer a mi familia -mis padres (Emilio y Elena), mis hermanos (Emerson y Heberth), mi cuñada y mi hermosa sobrina (Elisa y Emily), quienes siempre me han apoyado incondicionalmente en todos los aspectos de mi vida; también a mis tías, tíos, primos, etc., con quienes he pasado momentos maravillosos en este hermoso país —Italia—.

Para finalizar, quiero agradecer a todas las personas que en alguna etapa de sus vidas, han estado en este hermoso proceso; y, a la Policía Nacional del Ecuador, quien ha confiado que la educación es el mejor instrumento para mejorar la calidad de servicio que se brinda a la comunidad —la seguridad—.

Abreviaturas

Carta de la OEA	Carta de la Organización de los Estados Americanos
Carta de la ONU	Carta de las Naciones Unidas
CAT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CED	Comité contra la Desaparición Forzada
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CERD	Comité para la Eliminación de la Declaración Racial
CESCR	Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMW	Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes
Convención	Convención Americana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CRPD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Declaración	Declaración de las Naciones Unidas
Declaración	
Universal	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EPU	Examen periódico universal
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional
NPM	Mecanismos Nacionales de Protección
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPAC	Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados
OPCAT	Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes
OPIC	Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones
OPSC	Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechas Económicos, Sociales y Culturales
PND	Plan Nacional de Desarrollo
RPCCCPT	Reglas de Procedimientos para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición
RSPCCC-2010	Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010
RSPCCC-2015	Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2015
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
SDN	Sociedad de Naciones
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SPT	Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes
SUDH	Sistema Universal de Derechos Humanos
TCP-B	Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Resumen

El presente trabajo pretende llevar a cabo un análisis de la acción por incumplimiento, como una de las garantías jurisdiccionales que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la actual Constitución del año 2008; y que constituye una de las innovaciones clave del modelo reconocido por el Ecuador de “Estado constitucional de derechos y justicia”.

El estudio de este nuevo modelo, considerado como uno de los procesos más representativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se compaginará con la observación paralela de otros modelos que han sido utilizados en diferentes momentos y espacios para poder garantizar asimismo los derechos humanos; de allí que el trabajo previamente realice un análisis de las obligaciones que tienen los Estados frente a los derechos humanos en los ámbitos regional y universal.

Con estos antecedentes, la investigación desarrollará un estudio comparado de mecanismos similares que se han construido en varios países de la región; para finalmente, realizar una observación sistémica de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana desde el año 2008 hasta el año 2018. Con ello se busca comprobar si los principios del Estado constitucional de derechos y justicia propuesto por el Ecuador pueden ser materializables en la justicia constitucional. El Estado constitucional de derechos y justicia propone la inclusión de sistemas propios, críticos y plurales, cuyo estudio ha sido el eje central del presente trabajo académico.

Abstract

This thesis examines the action for non-compliance, which is one of the jurisdictional guarantees that has been embodied into the Ecuadorian legal system since the adoption of the current Constitution in 2008. The latter action is regarded as one of the key innovations of the framework grounding on "The Constitutional State of Rights and Justice" of Ecuador.

This new model, which constitutes one of the most representative processes of the new Latin American constitutionalism, is analyzed alongside the study of other legal frameworks that have been used in different times and spaces with the aim to guarantee human rights; to this end, the dissertation grounds on the analysis of the obligations of States regarding Human Rights at the regional and universal levels.

Under these premises, the dissertation presents a comparative study of similar mechanisms that have been established in several other countries. Finally, the analysis focuses on the systemic study of the judgments issued by the Ecuadorian Constitutional Court from 2008 to 2018 in order to determine whether the principles of the constitutional state of rights and justice can be materialized in the domain of constitutional justice. Noteworthy is the consideration that the Constitutional State of Rights and Justice acknowledges the inclusion of its own critical and plural systems, whose analysis has been the central axis of this academic work.

Introducción general

La aparición del Neoliberalismo en América Latina supuso un cambio sustancial en los modelos estatales operantes en la región. A través de una operación dirigida por los grupos que desde la época republicana habían mantenido la hegemonía del poder, los años 70, 80 y 90 fueron devastadores para la garantía de los derechos humanos, como consecuencia de la persecución que sufrieron varios movimientos sociales.

Con estos antecedentes, desde varios focos a lo largo del continente distintos colectivos propusieron un nuevo sistema de Estado, el cual se esperaba incluyera varios elementos entre los que necesariamente debería contarse un Derecho propio, inclusivo, plural y democrático. En este camino el primer paso lo dio Colombia con su Constitución de 1991, siguiéndole luego Venezuela en 1999, y posteriormente Ecuador en el 2008 y finalmente Bolivia en el 2009. Estos procesos —que se plasmaron en sus respectivas Constituciones— han sido identificados como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Como se observará, este modelo no produjo un cambio únicamente en el sistema de Estado, sino, que al acoger varios principios plurales, propios, innovadores, etc., produjo cambios también en la propia construcción del Derecho, distanciándose del modelo eurocéntrico que se ha mantenido en otros países de América Latina. Los principales cambios se han mostrado en la garantía y protección de los derechos humanos, al reconocer sistemas y derechos nuevos, que formulan una incorporación de mecanismos transformadores que ayuden a garantizar de mejor manera los derechos humanos de acuerdo a la realidad de cada uno de los países.

En este contexto, es necesario tener claro que el respeto de los derechos humanos en la actualidad, no es solamente una iniciativa de los Estados, sino que se desprende de obligaciones adquiridas de manera internacional en estamentos regionales e internacionales. En espacios como en el nuevo constitucionalismo latinoamericano esta idea se conjuga para proponer sistemas progresistas que buscan aterrizar los ideales de los diferentes organismos internacionales.

El Ecuador ha sido uno de los países que ha recogido los principios del nuevo constitucionalismo latinoamericano de manera eficiente, ya que a partir del año 2008

el Estado ecuatoriano se reconoce como un *Estado constitucional de derechos y justicia*, frase con la que se intenta sintetizar todo el cambio que como se verá a continuación se mantiene en construcción en el Ecuador.

En el marco de este contexto histórico y jurídico-político, la presente tesis tiene como objetivo central realizar un estudio integral de uno de los mecanismos más innovadores que presenta el *Estado constitucional de derechos y justicia* implantado en el Ecuador: la acción por incumplimiento. Y ello con la finalidad última de analizar si en verdad se cumplen los principios del nuevo sistema de Estado, y éstos se hallan efectivamente vigentes de manera operativa en el Ecuador. El trabajo identifica varios elementos que son parte esencial del Estado constitucional de derechos y justicia, con los cuales, se puede determinar la aplicabilidad del nuevo mecanismo.

Para esto, el presente estudio comenzará abordando el análisis de algunos aspectos conceptuales de imprescindible comprensión para, solo a continuación, llevar a cabo una observación sistemática de las cuestiones que se quieren analizar. De ahí que el estudio esté dividido en cuatro partes:

En el primer capítulo, se realiza un análisis de las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos, teniendo como marco de análisis tanto el sistema de la Organización de Estados Americanos (Sistema Interamericano) —como organismo regional—, como el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (Sistema Universal) —como organismo universal—.

Una vez identificadas las obligaciones del Estado en relación con los derechos humanos, en el segundo capítulo se propondrá un estudio conceptual del Estado constitucional de derechos y justicia, para lo cual se realizará un análisis: del Estado de Derecho, del Estado constitucional, del neoconstitucionalismo europeo, del nuevo constitucionalismo latinoamericano y del Estado constitucional de derechos y justicia. Además, se propone una observación sobre los límites que tiene uno de los principales elementos del nuevo sistema de Estado como es “la justicia indígena”, para luego identificar la relación que existe entre los nuevos derechos reconocidos en la actual Constitución y los derechos humanos.

En el tercer capítulo se profundizará el análisis del sistema de garantías constitucionales en el Ecuador, abordando sucesivamente el estudio de las garantías normativas, las garantías de políticas públicas, y las garantías jurisdiccionales. Además, dentro de las

garantías jurisdiccionales, se estudiará la acción de protección, *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data* y extraordinaria de protección.

Con todo este desarrollo ya en mente, en el cuarto capítulo se realizará por fin el prometido análisis de la acción por incumplimiento, a través de un estudio conceptual, comparativo y material. Este capítulo se sustentará sobre la base de un completo estudio de las sentencias de acción por incumplimiento emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana durante su primera década de vigencia, desde el año 2008 hasta el 2018.

Al finalizar, se estructuran conclusiones con las cuales, se logra dar una respuesta clara a la hipótesis planteada sobre el grado de aplicación del mecanismo reconocido por el Ecuador el “Estado constitucional de derechos y justicia”, y los elementos que han aportado o limitado su desarrollo.

La Metodología utilizada para el trabajo, de manera general ha sido deductiva, ya que, partiendo de un tema general, como es el caso de las obligaciones del Estado y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, aterriza su análisis en un tema particular y propio del Estado constitucional de derechos y justicia como es la *acción por incumplimiento*.

Además, cada uno de los capítulos acoge métodos específicos, los cuales, sin dejar de lado la observación de fuentes primarias y secundarias, han sido utilizados para poder desarrollar un análisis jurídico-crítico. La primera parte del mismo se ha centrado en la observación de informes, sentencias y jurisprudencia de organismos internacionales, así como convenios, pactos, tratados, etc. que son parte constitutiva de estas instituciones.

Luego, a través de un análisis cronológico se realiza una construcción conceptual de varios temas desarrollados por tratadistas, dentro de los cuales se citarán, —en una primera parte— a: Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Norberto Bobbio, Ricardo Guastini y otros autores que han trabajado temas relativos al Estado de derecho desde una perspectiva eurocéntrica; en una segunda parte, se citarán autores como; Roberto Gargarella, Antonio Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Ramiro Ávila, Rubén Martínez, Roberto Viciano, etc. que han desarrollado temas específicos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el Estado constitucional de derechos y justicia, y el pluralismo jurídico

Para finalizar el análisis y abordar la acción por incumplimiento, la metodología se sustentará en una observación material de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana en respuesta a este tipo de acción. Este análisis de las sentencias, se inicia con la promulgación de la actual Constitución del Ecuador del 2008, en la cual, se recoge como uno de los mecanismos de garantía constitucional esta acción jurisdiccional. El análisis de las sentencias culmina en el año 2018, extendiéndose así

sobre un total de 77 documentos, cifra estimamos que lo suficientemente amplia como para hacer posible la emisión de un juicio fundado sobre el grado de verificación del cumplimiento de las exigencias propias de un Estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador.

Somos conscientes de que la mayoría de estudios que han ensayado un análisis del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y como parte de este, el Estado constitucional de derechos y justicia, se han centrado en la observación conceptual de este nuevo modelo, lo que hasta cierto punto ha dado los criterios necesarios para contextualizar este trabajo. En cambio, el presente estudio ensaya un análisis que avanza desde la observación formal al material, a través de la investigación de las sentencias de uno de los mecanismos más innovadores que representan al Estado constitucional de derechos y justicia, *la acción por incumplimiento*. De este modo trasciende tanto la mera exégesis constitucional como la simple construcción doctrinal para entrar de lleno en el análisis de la vigencia real y efectiva de los mecanismos garantistas previstos por la Constitución ecuatoriana. En este contexto, resulta de mucha relevancia el análisis de estas sentencias ya que –como se indicó– no representan el dictamen jurídico de mecanismos antiguos, contemporáneos, temporales ni caducados, sino de un sistema que se incorporó a la Constitución en el año 2008, como una fórmula para garantizar de mejor manera los derechos humanos y que a su vez, reconoce los principios propios del nuevo modelo de Estado.

Capítulo Primero

Las obligaciones y garantías del Estado frente a los derechos humanos: un análisis del Sistema Interamericano y el Sistema Universal de Derechos Humanos

Introducción

La relación que existe entre los derechos humanos y el Estado se origina no solo a partir de los compromisos libremente adquiridos por éstos en sus textos constitucionales y en las demás normas que integran su ordenamiento jurídico interno, sino también a partir de los tratados y convenios internacionales de los cuales es parte cada uno; es así, que si se desea realizar un análisis de las acciones que debe cumplir un Estado para garantizar los derechos humanos, es necesario en una primera parte identificar las obligaciones que este ha adquirido con sus pares en los diferentes sistemas de protección.

Existen cuatro sistemas de protección de derechos humanos: el Sistema Universal, el Sistema Europeo, el Sistema Africano y el Sistema Interamericano. No todos los Estados tienen las mismas obligaciones, ni mucho menos pertenecen a los mismos sistemas, es por ello que particularmente para el presente estudio los que tienen especial interés son el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que son los Sistemas a los que pertenece el Ecuador.

El Ecuador, como pocos de los países del mundo ha ratificado casi todos los tratados internacionales que vinculan los derechos humanos y que son parte de los Sistemas a los que pertenece; además ha aceptado la jurisdicción de organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ha promovido varias acciones que deben ser analizadas desde un contexto general, para evaluar su cumplimiento.

El análisis de las obligaciones que tiene el Estado con los derechos humanos en los ámbitos regional y universal, propone varios aspectos importantes: primero, que la identificación de los Sistemas (Interamericano y Universal) favorecerá el análisis posterior en el cuales se tome con consideración los tratados, convenios y sentencias relativas a derechos humanos; segundo, la investigación ayudará a identificar las obligaciones que debe

cumplir el Estado con los derechos humanos; y tercero, la identificación de las acciones servirá para evaluar (más adelante) si el Ecuador cumple con las exigencias o aspiraciones de lo que conocemos como un “Estado constitucional de derechos”.

Con estos antecedentes, esta parte del estudio se encuentra dividido en dos bloques: un bloque que desarrollará el ámbito regional y otro que expondrá el ámbito universal; cada uno de estos bloques tendrá dos segmentos (total cuatro partes). En la primera parte, se realizará un estudio del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos y sus órganos (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos); en una segunda parte, se identificarán las obligaciones que se establecen en este Sistema a través de sus normas y su jurisprudencia. En la tercer parte, se analizará a la Organización de las Naciones Unidas y sus órganos, para comprender el Sistema Universal de protección de derechos humanos; y en una cuarta parte, se establecerán las obligaciones del Estado en este Sistema, a través del análisis de las normas internacionales y del estudio de un modelo de obligaciones específico.

La relación que tienen estos dos sistemas mostrará que algunos de los aspectos identificados se repiten en el ámbito regional y universal; así como también se observará la gran producción jurisprudencial que tiene el Sistema Interamericano y su avance progresivo a favor de los derechos humanos

1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus organismos y evolución

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)¹ es uno de los tres sistemas regionales de protección. El SIDH al igual que el sistema europeo y el africano, tienen

¹ La palabra “sistema”, es comúnmente utilizada para identificar el conjunto de normas o acciones que controlan el funcionamiento de un grupo o comunidad, de allí, que la ONU ha expuesto que “Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH) es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional, pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyo fin es la promoción y la protección de los derechos universales”.* Con este antecedente, la misma connotación tiene la frase “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, la cual, hace referencia al conjunto de normas y organismos de alcance regional y que pertenecen a la Organización de Estados Americanos (OEA).

una norma principal, que es la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) y pertenece de manera independiente a la Organización de los Estados Americanos (OEA). Conforme a la Convención,² los entes encargados de conocer los temas relativos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en temas de derechos humanos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); en este sentido, la OEA construyó un sistema normativo regional para poder otorgar funciones y obligaciones específicas a cada uno de estos dos órganos.

El SIDH, con el pasar del tiempo ha sido objeto de modificaciones en sus procedimientos y en su organización: por una parte, para mejorar su sistema organizativo; y por otra, cuando ha existido la inclusión o abandono de varios Estados a su competencia.

Esta última acción —el abandono de los Estados al sistema— es lo que ha causado que el SIDH se vaya debilitando en la Región; sin embargo, en la actualidad el SIDH, es uno de los sistemas más importantes en los procesos de reconocimiento de derechos y en la protección de los mismos a nivel internacional; estas acciones, han sido construidas principalmente por la jurisprudencia desarrollada en las sentencias de la Corte IDH, y con las diferentes opiniones consultivas sobre temas específicos relacionados con los derechos humanos, las cuales han sido citadas por varios informes de organismos internacionales.

En este contexto, el SIDH se constituye como uno de los más importantes escenarios de protección y respeto de los derechos humanos en la región, el cual, se encarga de velar por los derechos como un mecanismo subsidiario de los Estados que han aceptado su competencia.

* ONU, “El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos”, en Examen ONU Venezuela, EPU, (26 de marzo de 2015), <https://www.examenonuvenezuela.com/examen-periodico-universal/sistemas-de-proteccion>.

² La Convención, en su artículo 33 indica que “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.”

1.1. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Si bien la Convención es la que reconoce de manera expresa a la CIDH, este organismo tuvo un antecedente previo y fue la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la Carta de la OEA).³ Esta norma internacional indica que: “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.”,⁴ estas dos funciones generales (promover la observancia y servir como órgano consultor), serían desarrolladas explícitamente a través de la Convención.

Una vez que la Carta de la OEA propuso que se instaure la CIDH en 1948,⁵ también ordenó la creación de la Convención, la cual debería determinar “la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los otros órganos encargados

³ La Carta de la OEA, entró en vigor el 18 de julio de 1978, luego de que el instrumento fue ratificado por el undécimo país, esto en virtud de que el primer texto de 1948 disponía en su artículo 109 que: “La presente Carta entrará en vigor, entre los Estados que la ratifiquen, cuando los dos tercios de los Estados signatarios hayan depositado sus ratificaciones. En cuanto a los Estados restantes, entrará en vigor en el orden en que depositen sus ratificaciones”. Véase la “Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en Bogotá, Colombia, en la Quinta Bolívar, el 30 de Abril de 1948. Texto Original, en la página web: <https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf>.

⁴ OEA Asamblea General, “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, *Decimo noveno periodo extraordinario de sesiones*, (adoptado el 10 de junio de 1993, Bogotá), art. 106. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf>.

⁵ La I Carta de la OEA de 1948 no tomó en consideración la creación de la CIDH, ni de la Convención; tuvieron que esperar al 27 de febrero de 1967, fecha en la cual se adoptó el “Protocolo de Buenos Aires, Argentina” (en adelante “El Protocolo de Buenos Aires”), para considerar las disposiciones respectivas a la creación del organismo y la norma. El Protocolo de Buenos Aires, dispone la modificación de varios capítulos de la Carta original, por ejemplo: en el artículo XII reconoce a la Comisión IDH como un organismo para la realización de los fines de la OEA; además, en el artículo XV dispone la redacción de nuevos artículos y modificación de otros como es el caso de la redacción de artículo 112 (actual 106) en el cual se dispone las funciones de la Comisión IDH y la creación de la Convención. Véase también, el “Protocolo de Buenos Aires, Argentina” en la página web: <http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/OEA/4.%20PROTOCOLO%20DE%20BUENOS%20AIRES-1967.pdf>.

de esa materia”.⁶ Con este antecedente, en la “Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores”,⁷ se dispone tres actividades relativas a las instituciones del Sistema Interamericano: primero, la creación de un proyecto de Convención, tarea que fue confiada al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y si no lo hicieren ellos, al Comité Jurídico Interamericano o a la institución que estime pertinente el Consejo de la Organización de los Estados Americanos; segundo, que se elaboré un proyecto sobre la creación de la Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos; y tercero, “Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos”.⁸ Sería al siguiente año (1960) que el Consejo de la OEA aprobaría su primer estatuto y elegiría a sus primeros miembros. Con estos antecedentes, durante dos años la CIDH realizaría varias visitas a los países pero en 1962 los Ministros de Relaciones exteriores resolverían “Recomendar al consejo de la Organización de los Estados Americanos la reforma del estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades en el grado que le permita llevar a cabo eficazmente la promoción del respeto

⁶ OEA Asamblea General, “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, *Decimo noveno periodo extraordinario de sesiones*, (adoptado el 10 de junio de 1993, Bogotá), art. 106. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf>.

⁷ La Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, fue desarrollada en la ciudad de Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959. Tuvo la participación de los siguientes países: Brasil, Guatemala, México, Cuba, Bolivia, Haití, Republica Dominicana, Nicaragua, Colombia, Panamá, Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, El Salvador, Ecuador, Uruguay, Paraguay, Estados Unidos, Argentina y Chile; del acta se destaca que existieron dos reservas propuestas por los países de Uruguay y Estados Unidos, este último exponiendo que “Como es bien sabido, los Estados Unidos de América, desde sus comienzos como nación, han defendido firmemente los derechos humanos. El fomento del respeto a los derechos humanos en el sistema interamericano esta respaldado, en consecuencia, por los Estados Unidos. Aunque a los Estados Unidos, debido a la estructura de su gobierno federal, no les es posible celebrar acuerdos multilaterales respecto a los derechos humanos o respecto a una Corte Interamericana de Derechos Humanos, por supuesto no objeta que otros Estados participen en convenios sobre estas materias”.

⁸ Secretaria General de la OEA, “Acta final”, en *Quinta reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, (Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959), 11; <<http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>>.

a esos derechos en los países del continente”.⁹ Esto no tendría la suficiente solidez hasta 1965 cuando la “Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Rio de Janeiro, Brasil, resolvió modificarlo, finalmente ampliando las funciones y facultades de la Comisión”.¹⁰ Todo el proceso se plasmaría en el Estatuto construido durante el periodo celebrado en abril de 1966.

Como lo expresa la CIDH,¹¹ “La principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales y, en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros”.¹² Luego de esto, el Estatuto de la CIDH tendría que pasar algunas modificaciones hasta 1979,¹³ año en el que se aprobaría el que actualmente se encuentra en vigencia.

1.2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Simultáneamente a los pasos emprendidos para la construcción del Estatuto de la CIDH, existían eventos que regulaban la garantía de los derechos humanos en la región como es la promulgación de la Convención.

La Convención debía desarrollar la estructura, competencia y procedimiento de la CIDH y la Corte IDH, pero a diferencia de la primera que fue creada en 1959 (a través de la Quinta reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959 y reconocida

⁹ Secretaria General de la Organización de la OEA, “Acta final”, en *Octava reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, (Uruguay, Punta del Este, del 23 al 31 de enero de 1962), 17; <<http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%208.pdf>

¹⁰ OEA, “Introducción”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (Washington: CIDH, 2006), 1, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#9>>.

¹¹ Véase la página web de la CIDH, “Documentos Básicos”, “Introducción” e identificar la parte “III. Los órganos del Sistema Interamericano de derechos humanos”, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#7>>.

¹² OEA, “Introducción”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (Washington: CIDH, 2006), 1, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#9>>.

¹³ En 1979, se aprobó en el Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, desarrollado en Bolivia, La Paz, el Estatuto actual de la CIDH.

por la Carta de la OEA desde el Protocolo de Buenos Aires de 1967), la Corte IDH tendría que esperar más tiempo para su funcionamiento; esto es, luego de que se entre en vigor la Convención en 1978.¹⁴

Al año siguiente “El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”.¹⁵ Luego de esto, el 3 de septiembre de 1979 se realizó la ceremonia de instalación de la Corte en San José. En el mismo año (1979), se aprobaría su Estatuto¹⁶ y en 1980 el Reglamento¹⁷ para su funcionamiento.

Las acciones para las cuales está facultada la Corte IDH son la consultiva y la contenciosa: la función consultiva, se refiere a la posibilidad que tiene Corte IDH para interpretar la “Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”,¹⁸ además de para responder a las consultas presentadas por los órganos de la OEA y exponer la compatibilidad que existe entre las leyes internas y los instrumentos internacionales. La función contenciosa se desprende del art. 62.3 y 63

¹⁴ La Convención fue redactada por los delegados de los Estados Miembros de la OEA en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica en noviembre del 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, hasta el momento 25 naciones americanas se han adherido a la Convención.

¹⁵ Corte IDH, “Historia de la Corte IDH”, en *Acerca De*, (San José: Corte IDH, 2018), 1, <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>.

¹⁶ El Estatuto de la Corte IDH, fue aprobado mediante Resolución No 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en octubre de 1979, en La Paz, Bolivia.

¹⁷ El primer Reglamento de la Corte IDH, fue aprobado por el Tribunal en su III Periodo Ordinario de Sesiones que se cumplió del 30 de junio al 9 de agosto de 1980. El Reglamento ha pasado por 5 modificaciones más, las cuales se han desarrollado: en su XXIII periodo ordinario de sesiones del 9 al 18 de enero de 1991, en su XXXIV periodo ordinario de sesiones del 9 al 20 de septiembre de 1996, en su XLIX periodo ordinario de sesiones del 16 al 25 de noviembre del 2000 y en su LXI periodo ordinario de sesiones del 20 al 4 de diciembre del 2003. El Reglamento actual, fue aprobado en su LXXXII periodo ordinario de sesiones del 19 al 31 de enero del 2009.

¹⁸ OEA, “Convención Americana de Derechos Humanos”, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, (7 al 22 de noviembre de 1969, San José), art. 64. <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos>.

de la Convención.¹⁹ En este contexto, en el ámbito regional, mientras la Corte IDH es la encargada de emitir las sentencias, la CIDH es quien patrocina a las presuntas víctimas en un proceso contencioso contra el Estado.

En relación a la competencia que tiene la CIDH y la Corte IDH en el Estado ecuatoriano, éste ha ratificado la Convención a través del depósito realizado el 28 de diciembre de 1977; además, el 24 de julio de 1984 reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, acciones que reconocen la vinculación de los actos emanados del sistema para el Ecuador.

2. Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos: los instrumentos y jurisprudencia del SIDH

Como se analizó, el SIDH se configura alrededor de la Convención por lo que el presente análisis se desarrollará entorno a esta norma jurídica y la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte IDH. El Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor,²⁰ propone una clasificación de las obligaciones de los Estados entorno a la Convención, y las agrupa en generales y específicas. Al referirse a las generales, señala que deben ser consideradas las de *respeto y garantía*; al referirse a las específicas, el Dr. Ferrer cita las obligaciones de *prevenir, investigar y sancionar*; esta clasificación no es alejada a la que cita la Corte IDH

¹⁹ La acción contenciosa de la Corte IDH, se consagra en la protección de los derechos y libertades que han sido protegidos específicamente por la Convención. La Corte IDH ha desarrollado un avance progresivo de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, ya que el art. 62.3 de esa misma norma indica “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”; de esta forma, en las sentencias se realiza una interpretación extensiva de los derechos establecidos luego de lo cual se constituyen en jurisprudencia de los demás casos contenciosos.

²⁰ El Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor es actualmente presidente de la Corte IDH, además de cumplir varias actividades como docente y ponente en varias universidades de América y Europa; el Dr. Ferrer escribe un artículo titulado “La Obligación de “Respetar” y “Garantizar” los derechos Humanos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1 del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, Revista de Estudios Constitucionales, 2012, No 2, 141-192.

en sus sentencias,²¹ pero más adelante se observará que de la obligación de *sancionar* se desprenden las obligaciones de *adecuar el ordenamiento interno* y *la de reparar*.

Tabla 1		
Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos en el SIDH		
Obligaciones generales	Respetar	
	Garantizar	
Obligaciones relativas	Prevenir	
	Investigar	
	Sancionar	Adecuar el ordenamiento interno
		Reparar

Elaboración del autor. Fuente: Normas y jurisprudencia del SIDH.

Entonces, esta sección del estudio estará dividida en tres partes: en una primera, se analizará las obligaciones generales de *respeto y garantía*; en una segunda, se desarrollará las obligaciones específicas, relativas a *prevenir, investigar y sancionar*, y en una tercera, se estudiará las acciones de *reparación y adecuación*.

²¹ La Corte IDH, en el “Caso Cantoral Benavides Vs. Perú”, *Sentencia sobre las Excepciones Preliminares*, (3 de septiembre de 1998), en su párrafo 46 expone que: “El artículo 2 de la Convención, al igual que el artículo 1.1, consagra una obligación general -que se suma a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos protegidos- cuyo cumplimiento, por los Estados Partes, tiene la Corte el deber de examinar de oficio, como órgano judicial de supervisión de la Convención.”; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce estas dos categorías de las obligaciones de los Estados, las obligaciones generales que se consagran en el artículo 1.1 de la Convención y las específicas que han sido desarrolladas a través de la jurisprudencia del Tribunal en sus sentencias.

2.1. *Las obligaciones generales: el respeto y la garantía de los derechos humanos.*

El artículo 1 de la Convención indica que:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”²²

De ello se desprenden las obligaciones generales de *respeto y garantía*. Al encontrarse las dos obligaciones en el mismo artículo, en varios criterios de la Corte IDH, ésta las ha trabajado de manera conjunta, es por ello que en una primera parte se realizará una exposición genérica, para luego analizar las obligaciones por separado.

Para el estudio se podría tomar en consideración juicios como el de Andrés Serrano, el cual ha referido que para cumplir con la obligación de *respeto*, los Estados deben “abstenerse de cometer acciones que interfieran en el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²³ Con esto se induce a entender que la violación a la obligación de *respeto* únicamente se puede cumplir al ejecutar acciones por parte del Estado; esto discrepa con el criterio desarrollado por la Corte IDH, la misma que ha indicado que la vulneración de las obligación de *respeto y garantía* pueden ejecutarse a través de acciones u omisiones del Estado. La Corte IDH al referirse a las obligaciones de *respeto y garantía*, en una de las sentencias ha expuesto que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los

²² OEA, “Convención Americana de Derechos Humanos”, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, (7 al 22 de noviembre de 1969, San José), art. 1. <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos>.

²³ Andrés Serrano y otros, “Obligaciones de los estados parte de la Convención Americana”, *Revista Saber, ciencia y libertad*, vol. 8, No 2, (2013): 45-56, 46. <[file:///Users/Emilio/Downloads/Dialnet-ObligacionesDeLosEstadosParteDeLaConvencionAmerica-5104983%20\(3\).pdf](file:///Users/Emilio/Downloads/Dialnet-ObligacionesDeLosEstadosParteDeLaConvencionAmerica-5104983%20(3).pdf)>.

derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.²⁴

Esta última interpretación que realiza la Corte al artículo 1.1 de la Convención, afirma tres aspectos importantes: primero, que el incumplimiento de la obligación de *respeto* puede llevarse a cabo a través de acciones u omisiones del Estado; segundo, que el incumplimiento del Estado a través de las acciones u omisiones se extiende a la obligación de garantía, es decir que ambas obligaciones pueden ser irrespetadas a través de acciones u omisiones del Estado; y tercero, que la violación a un derecho humano, puede ser atribuida a un Estados cuando alguno de sus funcionarios la haya perpetrado. Con relación a este último punto, la Corte IDH ha incluido la posibilidad de que un Estado sea responsable de una violación de los derechos humanos sin que necesariamente un funcionario público haya cometido la acción primaria; es decir, cuando la acción la ha cometido un particular o, cuando no se ha identificado al autor de dicha violación. Sobre esto, la Corte IDH se ha expresado indicando que “puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”;²⁵ entonces, si bien la acción primaria no es efectuada por un funcionario del Estado, es obligación del Estado prestar una debida diligencia.²⁶

²⁴ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998), párr. 164.

²⁵ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1988), párr. 172.

²⁶ Como lo ha expresado la Corte IDH, en el caso “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, del 29 de julio de 1988, párrafo 172: “ Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”

Además, la Corte IDH ha establecido una relación directa entre las obligaciones (respeto y garantía) y los derechos humanos protegidos, exponiendo que “toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido el artículo 1.1 de la Convención”.²⁷ Entonces, cuando un Estado ha violado algún derecho humano protegido por el SIDH, *per se* ha incumplido con las obligaciones de *respeto y garantía*. Este análisis jurisprudencial que lo considero progresivo, ha servido para que la Corte IDH a través de la aplicación del principio *iura novit curia*, reconozca la violación del artículo 1.1 de la Convención sin necesidad de que la CIDH en un caso contencioso lo haya indicado expresamente.

Ahora bien, es importante también conocer las especificidades que tiene cada una de las obligaciones; por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que, para analizar la obligación de *respeto*, se debe tener en consideración que: “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atribuidos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia superiores al poder del Estado”;²⁸ es decir, el *respeto* a los derechos y libertades, debe ser concebido como una herramienta para limitar el ejercicio del poder, considerando que este mismo *respeto*, es una acción superior a las actividades estatales, lo que propone una restricción.

En cambio, con relación con la obligación de *garantizar*, la Corte IDH ha indicado que no significa únicamente tener una norma relativa a los derechos humanos, sino que exista “una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”;²⁹ es decir, que se deben articular varias acciones que representen una conducta gubernamental general, para que de esta forma se pueda afirmar que se cumple con una *garantía* eficaz. La obligación de *garantizar*, propone un análisis aun más profundo, ya que como lo ha manifestado la Corte IDH, de esta obligación se desprenden las obligaciones que tiene el Estado para *prevenir, investigar y sancionar*.³⁰

²⁷ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998), párr. 162.

²⁸ *Ibid.*, párr. 165.

²⁹ *Ibid.*, párr. 167.

³⁰ En la *sentencia sobre Fondo* del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 29 de julio de 1998, en su párrafo 166 se expone que: La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno

2.2. Obligaciones relativas: prevenir, investigar y sancionar

Las obligaciones de *prevenir, investigar y sancionar*, son consideradas relativas ya que se desprenden de una obligación principal, la de *garantizar*; pero, cada una de estas obligaciones, acarrea el cumplimiento de algunas acciones de manera específica.

Existen autores –como es el caso de Luis Gutiérrez–³¹ que proponen el análisis de estas acciones de manera conjunta, pero el presente trabajo las dividirá con la finalidad de poder entender el objetivo de cada una, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte IDH.

La primera obligación relativa (*prevenir*), incluye todas “aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.”;³² si bien aquí se proponen dos acciones que derivan de la *prevención* como son la adecuación del ordenamiento e indemnización, estas deben ser consideradas previo al cometimiento de un evento que atente contra los derechos humanos. Es por ello que la *prevención* no formula la necesidad de que exista una acción precedente (una violación a los derechos humanos), sino que debe cumplirse antes de que

ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

³¹ Luis Miguel Gutiérrez Ramírez, en un artículo titulado “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, publicado en la *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, No 2, (julio-diciembre 2014): 23-60, (Doi:dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.01), propone que el investigar, juzgar y sancionar, forman parte de una misma obligación; al respecto puedo señalar que existen varias acciones comunes pero que resulta muy interesante y enriquecedor para la garantía de los derechos comprender cual es la interpretación que ha tenido la Corte IDH para cada una de estas.

³² Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998), párr. 175.

se ejecute la violación (salvaguardar). Además, la obligación de *prevenir*, como lo ha indicado la Corte IDH, se traduce como un

medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.³³

Lo que requiere que los Estados, consideren a las violaciones a los derechos humanos, como actos ilícitos, sancionables y reparables, dentro de esta última que tengan una indemnización justa.

La segunda obligación relativa (*investigar*), debe ser conceptualizada como comprensiva de aquellas acciones que proponen que el hecho no quede en la impunidad. Como lo ha indicado la Corte IDH “Si el aparato del Estado actúa de modo que la violación quede impune y no se restablezca, en cuanto se posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”;³⁴ al respecto la propia Corte ha expuesto un concepto de impunidad, indicando que es “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”;³⁵ con estos antecedentes, se desprende que el propósito principal de *investigar* es impedir que las violaciones a los derechos humanos vuelvan a repetirse.

La *investigación* en una violación de los derechos humanos, no puede ser entendida como una simple formalidad, sino que debe ser tomada con seriedad y como un deber jurídico

³³ *Ibíd.*, párr. 175.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 176.

³⁵ Corte IDH, “Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala”, *sentencia sobre Fondo*, (8 de marzo de 1998), párr. 173.

propio como bien lo indica la Corte IDH; es así, que para la concusión de este objetivo, los Estados deben ocupar “todos los medios a su alcance”. La *investigación* no debe efectuarse únicamente cuando el causante ha sido un funcionario del Estado, sino también cuando la acción haya sido cometida por un particular, con la finalidad de brindar una debida diligencia; en este contexto no se puede olvidar que la falta de *investigación* también es un incumplimiento a las obligaciones adquiridas por el Estado.

La obligación de *investigar*, supera los hechos de la temporalidad y la legislación interna, ya que como lo ha expresado la Corte IDH en la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Fondo), el deber de investigar por parte del Estado “subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza”,³⁶ como una acción de favor de las víctimas para conocer su destino o suerte.

La tercera obligación relativa (*sancionar*), de manera general comprende la acción propia de la sanción (imposiciones de las sanciones pertinentes). En la primera obligación relativa, se indicó que la *prevención* refiere a aquellas medidas que aseguran dentro de otras cosas que las violaciones a los derechos humanos sean susceptibles de acarrear sanciones, la obligación de *sancionar* refiere al hecho mismo de la *sanción* a los causantes de las vulneraciones de los derechos, considerando que la *sanción* en si es parte de la reparación adecuada de las víctimas.³⁷ En este contexto, se debe tomar en consideración que la acción previa a la *sanción* es la *investigación* adecuada, esta dependencia (*investigación-sanción*) ya se ha expuesto en el Caso Herzog y Otros Vs. Brasil, en el cual la Corte IDH ha manifestado que “dispone que el Estado debe reiniciar con la debida diligencia la investigación y proceso penal que corresponda por los hechos ocurridos el 25 de octubre de 1975 para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables

³⁶ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998), párr. 181.

³⁷ La Corte IDH, en el caso “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1988), párrafo 174, expresa que: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”; párrafo en el que sintetiza las tres obligaciones específicas de los Estados.

por la tortura y asesinato de Vladimir Herzog, en un plazo razonable.”³⁸ lo que muestra una subsistencia entre las dos obligaciones.

Además, la obligación de *sancionar* tiene un vínculo con dos obligaciones más: *adecuar las disposiciones del ordenamiento interno* y *reparar* los daños causados a las víctimas. La Corte IDH en el Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador expuso que “la Corte declara que el Ecuador está obligado, en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como las que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción”³⁹ con lo que ordenó al Estado la obligación de *adecuar las normas al ordenamiento interno*; de la misma forma, en el caso Cinco pensionistas Vs. Perú, indicó que “Este Tribunal en su jurisprudencia constante ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.”⁴⁰ disponiendo la *reparación* de las víctimas; es por ello, que el trabajo presenta un análisis de estas dos últimas obligaciones que han sido propuestas por la Corte como actos imprescindibles en la *sanción* a los Estados.

2.2.1. *Obligación de adecuar disposiciones del ordenamiento interno y la reparación*

Para entender la obligación de “adecuar las disposiciones del ordenamiento interno y la reparación”, se debe comprender que es la sanción. Existen dos formas de contextualizar a la *sanción*: la primera, que es la obligación que tiene el Estado contra las personas que violan los derechos humanos; y la segunda cuando el sancionado es el Estado por parte de organismos internacionales como es el caso de la Corte IDH; esta última acción, es la que vincula las obligaciones de adecuar las disposiciones del ordenamiento interno y la reparación, ya que, en la mayoría de casos en los que se encuentra responsabilidad por

³⁸ Corte IDH, “Caso Herzog y Otros Vs. Brasil”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (15 de marzo de 2018), párr. 372.

³⁹ Corte IDH, “Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Fondo*, (12 de noviembre de 1997), párr. 106.

⁴⁰ Corte IDH, “Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú”, *Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, (28 de febrero de 2003), párr. 173.

parte del Estado en la violación de los derechos humanos, a parte de las sanciones propias del caso, se suman las de adecuación y reparación.

- **Adeuar disposiciones del ordenamiento interno**

La *adecuación de las disposiciones al ordenamiento interno*, propone dos acciones específicas: por una parte, que las nuevas leyes aprobadas deban estar adecuadas al ordenamiento internacional de protección de los derechos humanos a través de sus obligaciones contraídas en el artículo 1.1 de la Convención; y por otra, la de adecuar las normas anteriores a la adopción de estas obligaciones, a los estándares internacionales de derechos humanos como lo establece el artículo 2 de la Convención “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁴¹

En la primera parte de las obligaciones, se explicó la relación que existe entre los derechos humanos y las obligaciones que se desprenden del artículo 1.1 de la Convención, indicando que al momento de existir una violación a los derechos humanos, a la vez el Estado no cumple con sus obligaciones de *respeto y garantía* de los mismos; a esta relación se junta la obligación que tiene el Estado para *adecuar las disposiciones del ordenamiento interno*, como lo expone un voto concurrente en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, por parte de juez A.A. Cançado Trindade:⁴²

⁴¹ OEA, “Convención Americana de Derechos Humanos”, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, (7 al 22 de noviembre de 1969, San José), art. 2. <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.

⁴² El Juez A.A. Cancado Trindade, en el Voto concurrente del “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”, *Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, del 22 de noviembre de 2005, párrafo 6, expone que: “En este sentido, los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, - según la *jurisprudence constante*, que no admite retrocesos, - tienen un sentido amplio y autónomo propio, y la determinación de su incumplimiento no está condicionada por el establecimiento de violaciones individuales específicas de uno u otro derecho consagrado en la Convención Americana. Así, la violación de los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, en lugar de estar *subsumida* en violaciones individuales de derechos específicos bajo la Convención, más bien se suma a dichas violaciones.”

Pero, además de esto, la Corte ha sumado a dichas violaciones, en los puntos resolutive 6 y 7 de la presente Sentencia, la violación *per se* de los deberes generales consagrados, respectivamente, en el artículo 1(1) (deber de respetar y asegurar el respeto de todos los derechos protegidos) y en el artículo 2 (deber de adecuación del derecho interno con la normativa de la Convención). Es esto muy significativo, pues reconoce la violación autónoma de los artículos 1(1) y (2) de la Convención, independientemente de las violaciones de los derechos sustantivos en relación con dichos deberes generales, en las circunstancias del cas *d'espèce*.⁴³

En este contexto, las sentencias que emite la Corte IDH deben tener a parte del reconocimiento de la violación de un derecho protegido por el SIDH (de ser el caso), y *per se* el reconocimiento del incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de manera separada; es decir, conforme al artículo 2 (*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*), cuando existe una ley interna que es incompatible con las normas internacionales, no es necesario esperar que se aplique la norma incompatible para que se considere una violación a un derecho protegido por el SIDH, sino que la violación al artículo 2 de la Convención resulta por la propia existencia de la norma incompatible.⁴⁴ Esta hermenéutica propuesta por el Juez Cançado Trindade, tiene como antecedente el Caso Sr. Palamara Iribarne Vs. Chile, situación en la cual el Estado chileno luego de que existió la sentencia de modificación a la ley No 12.297 sobre “seguridad del Estado”, en la cual se colocaba a ordenes de la justicia militar a civiles, adecuó la norma con la finalidad de cumplir con el artículo 2 de la Convención, pero esta adecuación fue parcial, hecho que para el Juez presupone la continuidad de la violación de los derechos y no como se había indicado en la sentencia una forma de reparación.

⁴³ A.A. Cancado Trindade, “Voto concurrente”, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, (22 de noviembre de 2005), párr. 9.

⁴⁴ El Juez A.A. Cancado Trindade, en el voto concurrente del Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, *sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, del 22 de noviembre de 2005, párrafo 10, expone que: “En efecto, no hay que pasar desapercibido, en el presente caso *Palamara Iribarne*, que Chile, por la sólo existencia, en la época de la ocurrencia de los hechos del presente caso, de la Ley No. 12.297 sobre “Seguridad del Estado”, del Código de Justicia Militar, de las disposiciones relativas al delito de desacato del Código Penal y del Código de Justicia Militar, ya violaba el deber general de armonizar su normativa de derecho interno con la Convención Americana (artículo 2), tomando en cuenta que estas normas eran manifiestamente incompatibles con dicho tratado, y que no dejara de adoptar medidas positivas de protección (artículo 1).”

En consideración de lo expuesto, la Corte IDH también ha desarrollado la *adecuación de las disposiciones al ordenamiento interno* de manera específica a normas concretas, por ejemplo en el caso anterior, la Corte IDH en su parte resolutive ha dispuesto que:

El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.⁴⁵

Es por ello que se puede concluir que existen dos vertientes del cumplimiento del artículo 2 de la Convención, en una primera relativa a la supresión de las normas que se encuentren en contra de los derechos protegidos por el SIDH; y en una segunda, que la expedición de las normas debe estar adecuada a los ordenamientos interamericanos.⁴⁶

- **La Reparación**

La obligación de *reparar*, se desprende del artículo 63.1 de la Convención, el cual expone textualmente que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la

⁴⁵ Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”, *Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, Puntos resolutive, (22 de noviembre de 2005), párr. 14.

⁴⁶ En el “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, *Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas* de 30 de mayo de 1999, párrafo 207, se expone que: “El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculcados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención.”

vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”;⁴⁷ ahora bien, el análisis de la obligación a partir del artículo propone un desarrollo extenso, el cual será esclarecido a través de la jurisprudencia de la Corte IDH.

El primer argumento que se debe tomar en consideración es la obligatoria necesidad de que exista una violación a un derecho humano para que se pueda efectuar la *reparación*, ya que “es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.⁴⁸

Segundo, tanto la jurisprudencia como el artículo 63.1 de la Convención hacen referencia a la justa indemnización y a la reparación adecuada, temas que tienen una importante relación entre sí. La Corte IDH al referirse a la justa indemnización, expone que esta no implica un enriquecimiento ni mucho menos un empobrecimiento de las víctimas,⁴⁹ además la reparación para que pueda ser entendida como adecuada debe abarcar el campo moral y material. El principio que se busca es “la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”.⁵⁰ La Corte IDH ha indicado que el análisis de manera específica debe responder a los aspectos de: alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios; además, una vez dispuesta la *reparación*, el Estado no puede alegar normas internas para el

⁴⁷ OEA, “Convención Americana de Derechos Humanos”, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, (7 al 22 de noviembre de 1969, San José), art. 63.1. <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.

⁴⁸ Corte IDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (26 de mayo del 2001), párr. 59.

⁴⁹ La Corte IDH, en el “Caso Blake Vs. Guatemala”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, de 22 de enero de 1999, párrafo 34, expone que: “La reparación comprende, pues, las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como en el moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.

⁵⁰ Corte IDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (26 de mayo del 2001), párr. 60.

incumplimiento de su obligación,⁵¹ lo que propone que la reparación sea integral y sea de total obligatoriedad en todos sus aspectos.

La *reparación* históricamente ha estado relacionada con el ámbito económico, esto ha sido expresado por los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli en el caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Reparaciones y Costas); donde ambos jueces realizan un análisis de la *reparación* desde su construcción histórica y la relación que tienen con el derecho civil y derecho privado (*damnum emergens y lucrum cessans*),⁵² explican que la *reparación* siempre ha estado ligada de manera directa al interés patrimonial al punto de mantener el término de “daño no patrimonial” al referirse al daño moral, producto de las analogías existentes con el derecho civil. En este contexto, comparto la idea de los jueces, a quienes no les convence la propuesta de una *reparación* que se extienda únicamente en el ámbito monetario, ya que el hombre no puede ser reducido a un mero agente de producción económica. Los jueces indican que: “En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no solo patrimonial de sus potencialidades y capacidades.”⁵³

La propuesta para dar una solución y excluir esa visión que únicamente implica el campo económico, como lo exponen los jueces es considerar el concepto *del daño causado al proyecto de vida de la víctima*, lo que propone que la obligación

⁵¹ Corte IDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (26 de mayo del 2001), párr. 61.

⁵² En el voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli, en el “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, del 27 de noviembre de 1998, párrafos 6 y 7, se expone que: “6. Sin embargo, el contenido y el alcance de las medidas de reparación en el derecho internacional continúan circundadas de un cierto grado de imprecisión, a pesar de la existencia de una jurisprudencia secular sobre la materia. Esto se debe en gran parte al hecho de que tal jurisprudencia se ha desarrollado a partir de analogías con soluciones del derecho privado, y, en particular, del derecho civil, en el marco de los sistemas jurídicos nacionales. 7. Los conceptos jurídicos, por cuanto encierran valores, son producto de su tiempo, y como tales no son inmutables. Las categorías jurídicas cristalizadas en el tiempo y que pasaron a ser utilizadas - en un contexto distinto del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos - para regir la determinación de las reparaciones se vieron fuertemente marcadas por tales analogías de derecho privado: es el caso, v.g., de los conceptos de daño material y daño moral, y de los elementos de *damnum emergens y lucrum cessans*.”

⁵³ Cancado Trindade y A. Abreu Burelli “Voto Razonado Conjunto de los jueces”, Corte IDH “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 10.

del Estado sea “repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad.”⁵⁴

Es así que, si bien existe un ámbito de desarrollo general como el que se ha propuesto hasta el momento para la *reparación*, la Corte IDH también ha desarrollado aspectos concretos de esta obligación, a través de acciones puntuales referente a derechos específicos; por ejemplo en el caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina (Reparaciones y Costas), se indica que:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. [...] La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.⁵⁵

Entonces, la Corte IDH a través de esta sentencia, formula el concepto de *reparación*, pero eso no limita el análisis del avance jurisprudencial que proyecta el documento al considerar acciones específicas “tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”.

Esta acción es aun más visible en casos como “Caracazo Vs. Venezuela” (Reparaciones y Costas), en el cual la Corte IDH consideró que: “la entrega de los restos mortales constituyen un acto de reparación en si mismo porque conduce a dignificar a las víctimas, al hacerle honor al valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirles a estos darles una adecuada sepultura”.⁵⁶ además acciones como el

⁵⁴ A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli “Voto Razonado Conjunto de los jueces”, Corte IDH “*Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de noviembre de 1998), párr. 17.

⁵⁵ Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina”, *sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de agosto de 1998), párr. 41.

⁵⁶ Corte IDH, “Caso del Caracazo Vs. Venezuela”, *sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (29 de agosto de 2002), párr. 123.

reconocimiento de la responsabilidad por parte de un Estado no ha sido suficiente para el Tribunal Interamericano, el cual ha indicado que:

El reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado ha constituido un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. Estima, no obstante, esta Corte, que para que dicho reconocimiento rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición de hechos como los que constituyen la materia de este caso, el Estado debe publicar dentro de un plazo razonable, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, al menos por una vez, el capítulo I denominado Introducción e la Causa, párrafo 1 literales a),b),c),d),e),f) y (a) y los puntos resolutivos contenidos en el capítulo VII de la sentencia de fondo; y los párrafos 66 a 66.16 de la presente Sentencia.⁵⁷

Existen momentos en los que no se puede cumplir de manera efectiva con la *reparación*, tal es el caso de las violaciones a los derechos a: la libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial, en estos casos específicos “por no ser posible la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual deben sumarse las medidas positivas del Estado para conseguir que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan”.⁵⁸

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 128.

⁵⁸ Corte IDH, “Caso Trujillo Oroa Vs. Bolivia”, *sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de febrero de 2002), párr. 62.

Tabla 2			
La obligación de Reparar en el SIDH			
Art. 63.1 de la Convención	Reparación		Nivel General
	Reparen las consecuencias y el pago de una justa indemnización		
Jurisprudencia	Reparación adecuada		Nivel específico
	Reparación Integral " <i>Restitutio in integrum</i> "		
	Daño al proyecto de vida		
	Reparación material	Reparación inmaterial	
	Daño emergente y lucro cesante o pérdida de ingresos	Medidas de restitución, medidas de satisfacción, garantías de no repetición	
Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador (<i>Fondo, Reparaciones y Costas</i>). ⁵⁹	<p>Acciones específicas referentes al derecho conculcado</p> <p>Párrafo 364: “el Estado debe implementar, en un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, incluyendo la perspectiva de género y niñez, dirigido a todos los niveles jerárquicos de la Fuerza Armada de la República de El Salvador.”</p> <p>Párrafo 384: “la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño material e inmaterial, las cantidades señaladas a continuación, [...] US\$ 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a cada una de las víctimas de ejecución extrajudicial, señaladas en el Anexo “A” de esta Sentencia.”</p> <p>Entre otras.</p>		Nivel concreto
Elaboración del autor. Fuente: Normas y jurisprudencia del SIDH.			

⁵⁹ Corte IDH, “Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador”, *Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas*, (25 de Octubre de 2012).

Con estos antecedentes, se puede exponer que a nivel general, cuando ha existido una vulneración a un derecho humano, el Estado esté en la obligación de cumplir con una reparación adecuada; esta reparación de manera específica debe ser integral conforme lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte IDH. La jurisprudencia ha tomado en consideración el “daño al proyecto de vida” de una persona para poder identificar que la *reparación* debe ser integral, identificando el aspecto material (daño emergente y lucro cesante o pérdida de ingresos) y el aspecto inmaterial. Además, se contemplan otras medidas que pueden ser parte de la *reparación*: las de restitución, las de satisfacción y garantías de no repetición, las de adecuación de los ordenamientos internos, etc. que son plasmadas de manera concreta para cada uno de los casos de vulneración.

Ahora bien, una vez desarrolladas las obligaciones, se puede afirmar que la Corte IDH ha establecido las obligaciones interrelacionando las normas con los avances progresivos que ha tenido su jurisprudencia, es por ello que se puede proponer el siguiente análisis concluyente:

Tabla 3				
Las obligaciones del Estado en el SIDH: análisis normativo				
Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos en el SIDH				
Artículo 1.1 de la Convención				
Obligaciones generales				
Respetar	Garantizar			
	Jurisprudencia de la Corte IDH (Sentencias)			
	Obligaciones relativas			
	Prevenir	Investigar	Sancionar	
			Art. 2 de la Convención	Art. 63.1 de la Convención
		Adecuar el ordenamiento interno	Reparar	

Elaboración del autor. Fuente: Normas y jurisprudencia del SIDH.

En un primer nivel las obligaciones generales que se desprenden del artículo 1.1 de la Convención que son *respetar* y *garantizar*. A través de la jurisprudencia, se han establecido las obligaciones relativas de *prevenir*, *investigar* y *sancionar*; esta última tiene como obligaciones adicionales a la *adecuación del ordenamiento interno* con el SIDH y la *reparación*, las cuales se encuentran reconocidas en el artículo 2 y 63.1 respectivamente de la Convención.

3. El Sistema Universal de Protección: La Organización de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos

A parte del SIDH, existen varios sistemas regionales y un sistema universal de protección de derechos. El Ecuador está suscrito a dos de estos, el primero que ya fue desarrollado (SIDH); y el segundo, el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). Esta parte del trabajo, tendrá como objetivo hacer un análisis similar al que fue hecho en la primera parte, con la finalidad de identificar las obligaciones de los Estados frente a los derechos humanos en el ámbito universal.

El SUDH, se desprende de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y tiene adscrito varios órganos encargados de la supervisión de los derechos humanos. Para comprender de manera adecuada las obligaciones, en una primera parte se estudiará a la organización y su estructura; y, en una segunda parte se desarrollará el análisis de los sistemas de protección. Esto, propondrá el espacio necesario para más adelante profundizar el estudio de las obligaciones específicas en el SUDH.

3.1. La Organización de Naciones Unidas y sus órganos

Luego de la Primera Guerra Mundial, todas las personas deseaban proponer otro tipo de sistema para la solución de conflictos que no fuera necesariamente la guerra; es así, que con una idea del presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, se instauró un organismo denominado la Sociedad de Naciones (SDN) o Liga de Naciones (*League of Nations*), mismo que es considerado como el embrión de lo que hoy es la ONU.

La SDN, fue creada en la Conferencia de Paz de París de enero de 1919 como una “respuesta geopolítica que los países vencedores y poderosos (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Italia y Japón) se ofrecieron a sí mismos y a los demás países involucrados en la Primera Guerra Mundial para restablecer sus relaciones internacionales, legitimando la correlación de fuerzas que imperaba entre vencedores y vencidos.”⁶⁰ Producto de la Conferencia se firmó el 28 de junio de 1919 el Tratado de Versalles (en adelante el Tratado). La SDN estaba conformada por la Asamblea, el Consejo y la Secretaría Permanente;⁶¹ además de disponer que la sede del organismo sería en Ginebra.

El Tratado cerró varios temas con relación a los límites, relaciones, responsabilidades, reparaciones, etc. que tenían que cumplir por una parte las principales potencias, las potencias aliadas y asociadas, y por otro lado Alemania.

Como lo expone Rómel Jurado, uno de los temas importantes y que no fue considerado fue el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales que para aquel entonces ya habían sido considerados en el ámbito internacional con la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; esto ocurrió, porque la mayoría de gobiernos no eran partidarios de aceptar obligaciones internacionales relativas al tratamiento que el Estado tenía con sus ciudadanos.

En este contexto, la SDN propuso mantener el colonialismo y la subalternidad racial a través de la apropiación de territorios coloniales por parte de las potencias vencedoras, esto produjo que las colonias continúen viviendo como lo hacían con sus antecesores. Pero no todo fue malo, ya que existieron algunos avances en cuestiones muy específicas,

⁶⁰ Rómel Jurado, “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista El Cotidiano*, tomo 28, No 180, (Julio- Agosto 2013): 31-40, 31.

⁶¹ Como lo expresa el Tratado de Versalles en los artículos 2, 3 y 4, el Consejo de la SDN estaba conformado por 9 Estados: 4 iban rotan y 5 eran permanentes (Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Francia y Japón); pese a que la propuesta fue presentada por el Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, Estados Unidos únicamente ingreso a los órganos como el Consejo, más no a la Sociedad de Naciones propiamente dicha. Los 4 primeros países que conformaron el Consejo (excluyendo a los permanentes) fueron: Bélgica, Brasil España y Grecia. Como consta en el Anexo de la Parte I *Pacto de la Liga de las Naciones*, los *Miembros originarios de la Liga de las Naciones* fueron: Estados Unidos, Bélgica, Bolivia, Brasil, Imperio Británico, Canadá, Australia, África del Sur, Nueva Zelanda, India, China, Cuba, Ecuador, Francia, Gracia, Guatemala, Haití, Hedjaz, Honduras, Italia, Japón, Liberia, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Rumanía, Estado Serbio-Croata-Esloveno, Siam, Checo-Eslovaquia y Uruguay; los *Estados Invitados a Adherirse a la Convención* fueron: Republica Argentina, Chile, Colombia, Dinamarca, España, Holanda, Noruega, Paraguay, Persia, Salvador, Suecia, Suiza, Venezuela.

En ese sentido es preciso reconocer que en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se prohibió la trata de esclavos y se estableció el derecho a la libertad de conciencia y religión para todos los habitantes de los territorios bajo mandato; y por otra parte, en el Artículo 23 se estableció que los miembros de la Sociedad de las Naciones se esforzarán por asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para hombres, mujeres y niños, así como a fundar y mantener las organizaciones necesarias para tal efecto, con lo cual se estaban comprometiendo a avanzar en el propósito de establecer derechos laborales de similar alcance y a crear una institucionalidad internacional que los proteja. De hecho la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue consecuencia directa de esta disposición del Pacto.⁶²

Además, el Tratado dispuso que los Estados adoptarían medidas para combatir enfermedades, propiciando la garantía del derecho a la salud en el ámbito internacional.⁶³

A pesar de toda esta estructura, se suscitaron varios problemas entorno al ingreso y a la salida de los Estados en la SDN: el primer problema lo propuso Estados Unidos, el cual pese a que la propuesta naciera de su presidente no ratificó el pacto de funcionamiento; el segundo problema fue Rusia, quien no participó en vista de que en esos momentos se estaba desarrollando la Revolución Bolchevique; después de esto, en 1934 se unió la Unión Soviética y en 1939 la misma fue expulsada. Con Alemania paso algo similar, ya que fue admitida en 1926 y abandonó la SDN en 1933; Japón se salió en 1933 e Italia en 1937; y luego, se fueron adhiriendo tardíamente varios países de América Latina; además durante estos periodos pasarían una serie de inconvenientes con Japón, Italia y España.⁶⁴

⁶² Rómel Jurado, “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista El Cotidiano*, tomo 28, No 180 (Julio- Agosto 2013): 31-40, 32.

⁶³ Véase el “Tratado de Versalles (Paris, 28 de junio de 1919)”, en *Publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado*, (Madrid, agosto 1920). <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>; artículos 22 y 23.

⁶⁴ Como lo expone Rómel Jurado, en el artículo “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, de la *Revista El Cotidiano*, tomo 28, No 180 (Julio- Agosto 2013): 31-40, 33: “En efecto, en la década de los años treinta, Japón desatendió el pedido de la Sociedad de las Naciones para que retirase sus tropas de Manchuria, con lo cual dicho organismo internacional quedó indemne por tal incumplimiento. Lo mismo sucedió en el caso de Italia, contra quien se dictaron sanciones económicas que nunca se aplicaron por su agresión a Abisinia. En el caso de la Guerra de España, la débil actuación de la Sociedad de las Naciones no logró impedir la intervención extranjera. Pero, aún más que la debilidad

Como lo expone Jurado al citar a Manuel Medina, los últimos momentos de la SDN son a partir de 1937, años en los cuales “ni siquiera se llevan a su foro las disputas más importantes. El Pacto Múnich, por el que se inició la desintegración de Checoslovaquia, se negoció totalmente en el margen de la Sociedad, y cuando Hitler invade Polonia en septiembre de 1939, iniciando la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones es sólo un espectro.”.⁶⁵

Luego de esto, desde 1939 a 1945 se desarrollan varias actividades con las cuales se consolida una nueva organización: el 12 de junio de 1941, en Londres se firma la *Declaración del Palacio de St. James* entre los representantes de Gran Bretaña, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, la Unión de Sudáfrica y los gobiernos que se encontraban en el exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Yugoslavia y del General de Gaulle de Francia; el 14 de agosto de 1941, se firma la Carta del Atlántico entre el presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt y el Primer Ministro Británico Winston Churchill; y finalmente el 1 de enero de 1942 aparece por primera vez el nombre de *Naciones Unidas*, cuando representantes de 26 países aprobaron la *Declaración de las Naciones Unidas* (en adelante la Declaración), luego de esto vendrían algunas adhesiones de otros Estados.

Si bien fueron 26 los primeros países que aprobaron la Declaración, de acuerdo a los datos son 51 los miembros fundadores⁶⁶ de la ONU. Ecuador fue admitido el 21 de diciembre de 1945. Previo a la negociación de un borrador de la Carta de Naciones Unidas (en adelante Carta de la ONU), desarrollada en la Conferencia de Dumbarton Oaks (Washington), existieron tres eventos más: la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943 en la cual se contempla la creación de una nueva Organización Internacional que remplace a la SDN; la Declaración de Teherán de diciembre de 1943 en la cual Roosevelt, Stalin y Churchill confirman la Declaración de Moscú; y la Conferencia de Yalta de 1945

con que se actuó en los conflictos armados, contó, para su disolución, la ausencia de la Sociedad en los conflictos que fueron el origen de la Segunda Guerra Mundial”.

⁶⁵ Romel Jurado, “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista El Cotidiano*, tomo 28, No 180 (Julio- Agosto 2013): 31-40, 34.

⁶⁶ Los Estados miembros fundadores son: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Etiopía, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irán, Irak, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido e Irlanda del Norte, Siria, República Dominicana, Bielorrusia, Sudáfrica, Turquía, Ucrania, la antigua URSS, Uruguay, Venezuela y la antigua Yugoslavia.

en el cual se resuelven cuestiones pendientes como el método de votación para el Consejo de Seguridad de la ONU.

Con todos estos antecedentes, del 25 de abril al 26 de junio de 1945 se negoció y se adoptó la *Carta de las Naciones Unidas* (en adelante la Carta),⁶⁷ la cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945. Es la Carta, en su capítulo IV, la que estipula la creación de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ).

La Carta, establece “como órganos principales de las Naciones Unidas: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia, y una Secretaría”.⁶⁸ La Asamblea General la conforman los Estados miembros de la ONU, cada uno con un voto “En este foro se debaten cuestiones de interés mundial, como el desarrollo sostenible, la paz y la seguridad, el cambio climático, la igualdad de género, etc. Cada año en septiembre, se celebra un debate general en la Sede de la Organización en Nueva York en el que participan mandatarios provenientes de todo el mundo. Este acto da inicio al nuevo período de sesiones de la Asamblea General.”⁶⁹ Actualmente son 193 los Estados que la conforman y de los cuales únicamente pueden ejercer votación los países que no estén en mora.⁷⁰

⁶⁷ La Carta de la ONU como lo expresa el propio organismo ha tenido varias modificaciones: “El 17 de diciembre de 1963 la Asamblea General aprobó enmiendas a los Artículos 23, 27 y 61 de la Carta, las que entraron en vigor el 31 de agosto de 1965. El 20 de diciembre de 1971 la Asamblea General aprobó otra enmienda al Artículo 61, la que entró en vigor el 24 de septiembre de 1973. Una enmienda al Artículo 109, aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1965, entró en vigor el 12 de junio de 1968.”

⁶⁸ ONU, “Carta de las Naciones Unidas”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 26 de junio 1945*, (24 de octubre de 1945), art. 7.

⁶⁹ ONU, “Asamblea General de las Naciones Unidas”, *Organización de las Naciones Unidas* (2017), accedido el 16 de abril de 2019. <<https://www.un.org/es/ga/>>.

⁷⁰ Conforme al artículo 19 de la Carta de la ONU, “El Miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización, no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea General podrá, sin embargo, permitir que dicho Miembro vote si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro.”

El Consejo de Seguridad tiene como función primordial mantener la paz y la seguridad internacional. Lo conforman 15 miembros⁷¹ de los cuales: 5 son permanentes (China, Francia, Rusia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos), y 10 son elegidos por la Asamblea General por un periodo de dos años sin posibilidad de reelección inmediata.⁷²

El Consejo Económico y Social, tiene como objetivo realizar informes de carácter económico, social, cultural, educativo y de salud, hacer recomendaciones a la Asamblea sobre estos temas, promover el respeto de los derechos humanos, proponer proyectos de convenciones y convocar a conferencias sobre los asuntos de su competencia;⁷³ de manera general, está integrado por 54 miembros, de estos 18 son elegidos cada año por un periodo de 3 años.

El Consejo de Administración Fiduciaria, es un órgano encargado de los procesos de control de los territorios fideicometidos⁷⁴ y esta conformado por los países que tengan bajo su administración territorios fideicometidos, los países del Consejo de Seguridad que no administren territorios y otros Estados elegidos por la Asamblea General conforme al art. 86 literal c;⁷⁵ en este contexto “Desde 1947 hasta 1994 su intervención fue decisiva durante el proceso de descolonización y en la posterior independencia de los territorios de África y el Pacífico. De conformidad con la resolución T/RES/2200 (LXI) del 25 de

⁷¹ La enmienda realizada al art. 23 de la Carta de la ONU, el 17 de diciembre de 1963, se aumentó de once a quince miembros el Consejo de Seguridad.

⁷² Actualmente los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU son: Alemania (2020), Bélgica (2020), Costa de Marfil (2019), Guinea Ecuatorial (2019), Indonesia (2020), Kuwait (2019), Perú (2019), Polonia (2019), Republica Dominicana (2020) y Sudáfrica (2020).

⁷³ El Objetivo del Consejo Económico y Social, se encuentra desarrollado en el art. 61, de la Carta.

⁷⁴ Como lo expone la ONU “En principio, fueron 11 territorios en fideicomiso colocados bajo el régimen del Consejo de Administración Fiduciaria de la ONU: 1. Samoa Occidental 2. Tanganyika 3. Ruanda-Urundi 4. Camerún bajo administración británica 5. Camerún bajo administración francesa 6. Togo bajo administración británica 7. Togo Bajo administración francesa 8. Nueva Guinea 9. Nauru 10. Estratégicos territorios en fideicomiso/ Territorio en fideicomiso de las Islas del Pacífico 11. Somalia italiana.”.

⁷⁵ El art. 86 literal c de la Carta de la ONU indica que: “Tantos otros Miembros elegidos por periodos de tres años por la Asamblea General cuantos sean necesarios para asegurar que el número total de miembros del Consejo de Administración Fiduciaria se divida por igual entre los Miembros de las Naciones Unidas administradores de tales territorios y los no administradores.”

mayo de 1994, el Consejo de Administración Fiduciaria se reúne únicamente “en la medida que la ocasión lo requiera”⁷⁶

La CIJ, es el principal órgano judicial de la ONU, tiene la doble misión de “resolver, de conformidad con el derecho internacional, las controversias jurídicas que le presenten los Estados y emitir opiniones consultivas acerca de cuestiones jurídicas que solicitan los órganos y los organismos especializados de las Naciones Unidas debidamente autorizados para ello”.⁷⁷ Se encuentra conformada por 15 magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU. La CIJ, nace de la Carta y entra en funcionamiento en 1946, su labor y constitución se encuentran establecidos en el Estatuto del propio organismo, su sede esta en La Haya (Países Bajos).

La Secretaría, esta conformada por un secretario nombrado por la Asamblea General de una propuesta realizada por el Consejo de Seguridad, y por personal que requiera la organización;⁷⁸ el Secretario General es el encargado de actuar “como tal en todas las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria, y desempeñara las demás funciones que le encomienden dichos órganos. El Secretario General rendirá a la Asamblea General un informe anual sobre las actividades de la Organización.”⁷⁹

⁷⁶ ONU, “Documentación de la ONU: Consejo de Administración Fiduciaria”, *Organización de las Naciones Unidas*, (2017), accedido el 14 de enero de 2019. <<https://research.un.org/es/docs/tc/intro>>.

⁷⁷ ONU, “¿Qué es la Corte Internacional de Justicia?”, en *La Corte Internacional de Justicia*, (New York: Naciones Unidas, 2000), 2.

⁷⁸ Las funciones específicas de la Secretaria de la ONU, se establecen en el art. 47 el Reglamento de la Asamblea General, *No A/520/Rev.18*, (Nueva York, 2016), en el que se establece: “La Secretaría recibirá, traducirá, imprimirá y distribuirá los documentos, informes y resoluciones de la Asamblea General, sus comisiones y sus órganos; interpretará a otros idiomas los discursos pronunciados en las sesiones; redactará, imprimirá y distribuirá las actas de los períodos de sesiones; custodiará y conservará en debida forma los documentos en los archivos de la Asamblea; distribuirá todos los documentos de la Asamblea a los Miembros de las Naciones Unidas y, en general, ejecutará todas las demás tareas que la Asamblea le encargue.”.

⁷⁹ ONU, “Carta de las Naciones Unidas”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 26 de junio 1945*, (24 de octubre de 1945), art. 98.

3.2. *Los derechos humanos y la ONU*

La protección de los derechos humanos en la ONU o comúnmente conocido como Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), es un mecanismo adoptado por la ONU. La protección de los derechos humanos ante el SUDH puede ser exigidos a través de dos procedimientos: los Órganos basados en la Carta y los órganos basados en los Tratados.

3.2.1. *Sistema de protección de los derechos humanos: los Órganos basados en la Carta de la ONU*

Los sistemas de protección basados en los órganos de la Carta, son aquellos procedimientos que como su nombre indica, se encuentran bajo las disposiciones de la Carta de la ONU; en este grupo, se encuentra el Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos), y sus órganos subsidiarios.⁸⁰

El Consejo de Derechos Humanos, fue creado por la Asamblea General de la ONU el 15 de marzo de 2006, con dos objetivos principales: considerar las violaciones a los derechos humanos y realizar recomendaciones al respecto. El Consejo de Derechos Humanos, apareció en remplazo de la Comisión de Derechos Humanos⁸¹ como una propuesta del aquel entonces Secretario de la ONU Kofi Annan; el Secretario proponía establecer 3 Consejos:

Los dos primeros Consejos, el Consejo de Seguridad y el ECOSOC, deberían, a su juicio, ser fortalecidos. En cuanto al tercero, el Secretario General descartaba que la Comisión

⁸⁰ El 18 de junio de 2007, en la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos titulada “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”, se instauran procedimientos: I. Mecanismo de Examen Periódico Universal; II. Procedimientos Especiales; III. Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos; y, IV Procedimiento de Denuncia.

⁸¹ El Consejo de Derechos Humanos fue aprobado a través de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU en sustitución a la Comisión de Derechos Humanos, misma que tuvo su último periodo de reuniones el 27 de marzo de 2006. La votación en la Asamblea General de la ONU tuvo un total de 170 a favor, cuatro en contra (Estados Unidos, Israel, Islas Marshall y Palau) y tres abstenciones (Venezuela, Irán y Bielorrusia). Inició su periodo de sesiones del 9 al 30 de junio de 2006 y su primer periodo de sesiones extraordinario el 5 y 6 de julio del mismo año.

de Derechos Humanos pudiera asumir este papel, por entender que en los últimos años ha venido experimentando una gran disminución de su credibilidad y profesionalismo, debido al alto grado de politización y selectividad en sus trabajos (selectividad que se ha advertido especialmente en los procedimientos públicos especiales por países), y al hecho de que en algunos períodos hayan formado parte de la misma países acusados de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, que han tendido a utilizar su condición de miembros de la Comisión para evitar ser condenados por sus violaciones de los derechos humanos o para criticar a otros países.⁸²

Cuando la idea se concretó, puso fin a los 59 años de actividades desarrolladas por la Comisión de Derechos Humanos.⁸³ Este organismo, tenía como objetivo principal construir el cuerpo normativo de la ONU en relación a los derechos humanos, en este proceso uno de los principales logros fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Las primeras funciones encomendadas, serían cortas para las aspiraciones y necesidades de los países miembros de la ONU, es por ello que la “Comisión pasó a recibir comunicaciones de denuncias de violaciones de derechos humanos, pero en ese entonces no tenía atribuciones para tramitarlas. Sólo a partir de 1967, con la aprobación de la Resolución 1235, y posteriormente con la aprobación de la Resolución 1503 de 1970, ambas del Consejo Económico y social de la ONU, la Comisión recibió la autorización que necesitaba para examinar las denuncias”,⁸⁴ iniciando de esta forma un sistema de protección de los derechos humanos conocido como Sistemas de protección

⁸² Natalia Ochoa y Esther Salamanca, “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No 12, (diciembre de 2006), 2. <<http://www.reei.org/index.php/revista/num12>>.

⁸³ Antonio Varón, “De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización”, *Revista Estudios socio-jurídicos* Vol. 10 No 1, (2018):129-157, 134. Indica que: La Comisión de Derechos Humanos, “fue el principal órgano del orden universal de conformidad intergubernamental; fue establecida por el Consejo Económico y Social (en adelante ECOSOC) a través de la Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946 e integrada originalmente por 18 Estados Miembros, número que fue aumentando paulatinamente hasta llegar a un total de 53 miembros en el 2006 con mandatos de tres años”.

⁸⁴ Marisa Viéga-Silva, “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y su primer año de funcionamiento”, *Revista International law*, No 12, (1 de junio de 2008): 35- 66, 42.

de los órganos basados en la Carta (mecanismos no convencionales o procedimientos especiales).

El Sistema de protección basado en los Órganos de la Carta, a parte de tener a los procedimientos 1235 y 1503 (*Procedimientos especiales y Procedimientos de denuncia respectivamente*), cuenta con el *Grupo de Trabajo sobre el EPU y el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, completando de esta forma los 4 procesos de este grupo.

El Grupo de Trabajo del EPU, es una de las principales herramientas que tiene el Consejo de la ONU para recordar a los Estados su responsabilidad de aplicar y respetar los derechos humanos, se establece a través de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251 de 15 de marzo de 2006;⁸⁵ este Grupo, se reúne 3 veces al año y hace una revisión de 16 países en cada reunión, con esto logra alcanzar la verificación de los 193 Estados durante 4 años.

Los Procedimientos especiales (procedimiento 1235), incluye a los Relatores Especiales, Representantes Especiales, Expertos Independientes y Grupos de Trabajo, son procedimientos que se desarrollan a través de invitaciones que realizan los Estados para evaluar la situación de derechos humanos; los debates, se proponen bajo un mandato de un país o bajo mandato temático;⁸⁶ este procedimiento se crea a través de la Resolución 1235 de 6 de junio de 1967 del Consejo Económico y Social de la ONU. La Resolución 1235, le dio a la Comisión de Derechos Humanos la posibilidad de “la creación de órganos ad hoc de investigación para el estudio de las situaciones de los DDHH en determinados territorios. Primero, procedimientos públicos especiales de carácter geográfico, y desde 1980, procedimientos públicos especiales de carácter temático para el estudio de determinadas violaciones de DDHH en cualquier parte del mundo.”;⁸⁷ esta Resolución

⁸⁵ La Resolución 60/251 del 15 de marzo de 2006, estableció que el Consejo de Derechos Humanos solicite un examen periódico universal sobre las obligaciones y compromisos en temas de derechos humanos a los Estados que conforman la ONU; luego de esto, el 18 de junio de 2007, en la Resolución 5/1 se recogen los elementos más importantes que debe abarcar el EPU.

⁸⁶ A partir del año 2005, se crea un Comité de Coordinación, el cual facilita la comunicación entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y los titulares de los mandatos.

⁸⁷ Antonio Varón, “De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización”, *Revista Estudios socio-jurídicos*, vol.10, No 1, (2018): 129-157, 136.

fue ratificada el 16 de marzo de 1967 con la Resolución 8 (XXIII) de la Comisión de Derechos Humanos.⁸⁸

El Comité Asesor del Consejo, entra en vigor a partir de la Resolución 5/1 de 18 de junio de 2007 como un grupo de reflexión del Consejo; este Comité sustituyó a la Antigua Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos; está conformado por 18 expertos y puede ser considerado como un centro de estudios.

Los Procedimientos de denuncia (procedimiento 1503), es uno de los sistemas instaurados en la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social el 27 de mayo de 1970 y revisada por la Resolución 2000/3 de 19 de junio de 2000. El objetivo del procedimiento es establecer “un procedimiento de denuncias para abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia.”⁸⁹ Para cumplir con el procedimiento que es de carácter confidencial, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos nombrará 5 de sus miembros que cumplirán sus funciones por un periodo de 3 años renovables por una sola vez y que conformaran el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones (denuncias).⁹⁰

⁸⁸ En la Resolución 8 de la Comisión de Derechos Humanos del 16 de marzo de 1967, este organismo se declaró competente para conocer las diferentes violaciones a los derechos humanos, producto de lo cual podía emitir opiniones y recomendaciones con relación a las mismas; antes de esta Resolución la Comisión únicamente podía promocionar y desarrollar normas de derechos humanos.

⁸⁹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”, *Resolución 5/1*, (18 de junio de 2007), párr. 85.

⁹⁰ Véase el inciso “IV Procedimiento de Denuncia”, de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, del 18 de junio de 2007.

Tabla 4
Distribución del Sistema de Protección de los derechos humanos según los Órganos de la Carta.

Sistema de Protección basado en los Órganos de la Carta

Consejo de Derechos Humanos

Grupo de Trabajo sobre el EPU.	Procedimientos especiales.	Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos.	Procedimientos de denuncia.
Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251.	Procedimiento 1235.	Resolución 5/1 (18 de junio de 2007).	Procedimiento 1503.

Elaboración del autor. Fuente: Normas del SUDH.

En este contexto, la finalidad que tienen estos procedimientos (en especial los procedimientos 1235 y 1503), es que el Consejo de Derechos Humanos, pueda conocer la situación real de los derechos humanos de los países que no han ratificaban los tratados relativos a los derechos humanos.

3.2.2. Sistema de protección de los derechos humanos: los órganos basados en los Tratados.

El Sistema de protección basado en los órganos de los Tratados, es un procedimiento de protección de los derechos humanos que, como su nombre indica, se fundamenta en los Tratados de la ONU. Conocido también como sistema convencional en virtud de la relación con las convenciones internacionales, son los “comités de expertos independientes que examinan los informes de los Estados partes sobre su aplicación de las disposiciones de los tratados fundamentales de derechos humanos”;⁹¹ es decir, se encargan de monitorear y exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones

⁹¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Aplicación de las normas de derechos humanos: los órganos creados en virtud de los tratados”, en *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto No 20/ Rev. 1, (2012), 22.

internacionales reconocidos en los Tratados. El sistema de control que realizan los Comités (a excepción del Subcomité para la Prevención de la Tortura), es a través del análisis de los informes que presentan periódicamente los Estados, en los cuales exponen el cumplimiento la aplicación de las disposiciones de cada uno de los Tratados. Existen nueve Tratados internacionales de derechos humanos y un Protocolo facultativo de los cuales se derriban 10 Órganos de Tratados.

- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), es el primero de los órganos, se encuentra conformado por 18 miembros y se encarga de supervisar el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD por sus siglas en inglés).⁹² Para su funcionamiento, los Estados que son parte de la ICERD tienen la obligación de presentar periódicamente (un año después de su adhesión y luego cada dos años) informes al CERD respecto a la aplicación del ICERD, el Comité analiza y comunica a los Estados las preocupaciones y recomendaciones respectivas; a parte de este procedimiento el CERD cuenta con tres acciones de seguimiento: el procedimiento de alerta temprana, las denuncias entre estados y las denuncias individuales. El Comité celebra dos periodos de sesiones al año, cada uno de tres semanas de duración.
- El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR), esta integrado por 18 miembros; fue creado el 28 de mayo de 1985 con la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social. El CESCR, se encarga de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁹³ El PIDESC

⁹² La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, es un tratado internacional que fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en Resolución 2106 (XX) de 21 de diciembre de 1965). Entró en ejecución el 4 de enero de 1969 de acuerdo al artículo 19 de la propia Convención. El tratado ha sido firmado por 88 Estados y actualmente 180 países son parte de la misma. El Ecuador se adhirió el 22 de septiembre de 1966 y el 18 de marzo de 1977 reconoció la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones de individuos o grupos de individuos dentro de su jurisdicción.

⁹³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 3 de enero de 1976 de conformidad al artículo 27 del propio Pacto. El PIDESC,

tiene un Protocolo Facultativo,⁹⁴ este último le faculta al Comité para recibir y examinar comunicaciones (denuncias) de personas dentro de su jurisdicción, y en momentos específicos examinar denuncias entre Estados referentes al PIDESC. Para los seguimientos, los Estados parte del PIDESC presentan un informe periódico, uno a los dos años de adherirse y luego uno cada cinco años. El Comité realiza dos periodos de sesiones de tres semanas cada una; previo a cada periodo, una semana antes se reúne el grupo de trabajo.

- El Comité de Derechos Humanos (CCPR), esta conformado por 18 miembros y se encarga de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP);⁹⁵ para esta actividad, los Estados parte del PIDCP deben presentar al CCPR informes periódicos (un año después de su adhesión y luego uno cada cuatro años), los cuales son analizados y producto se emiten unas observaciones finales, que son el compendio de las preocupaciones y recomendaciones que emite el Comité al Estado. El CCPR, cuenta con dos Protocolos Facultativos que se suman al PIDCP. En síntesis, los procesos de control se sustentan en el art. 41 del PIDCP, el cual autoriza para que el CCPR pueda examinar las denuncias entre los Estados; y el primer Protocolo Facultativo,⁹⁶ que permite al CCPR a revisar las denuncias de particulares. El segundo Protocolo Facultativo⁹⁷ es relativo a la abolición de la pena de muerte. El CCPR, realiza tres periodos de sesiones al año.

fue firmado por 71 Estados y 169 son parte. El Ecuador firmó el PIDESC el 29 de septiembre de 1967 y el 6 marzo de 1969 lo ratificó.

⁹⁴ El Protocolo Facultativo del PIDESC, entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

⁹⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49 del propio Pacto. El PIDCP fue firmado por 74 países y 172 son parte del mismo. El Ecuador firmó el PIDCP el 4 de abril de 1968 y el 6 de marzo de 1969 lo ratificó.

⁹⁶ El Primer Protocolo Facultativo al PIDCP, fue adoptado el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976 conforme al artículo 9 del documento; este, fue firmado por 35 países y 116 son parte. El Ecuador firmó el Primer Protocolo Facultativo al PIDCP el 4 de abril de 1968 y lo ratificó el 6 de marzo de 1969.

⁹⁷ El Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP, fue adoptado el 15 de diciembre de 1989 en la Resolución 44/128 de la Asamblea General de la ONU, entró en vigencia el 11 de julio de 1991 conforme al artículo 8

- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), esta conformado por 23 miembros y se encarga de la supervisión de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.⁹⁸ Para la supervisión, los Estados deben presentar un informe periódico sobre la aplicación de la Convención, de esta forma el CEDAW analiza los informes y propone unas observaciones finales en las cuales plasma las preocupaciones y recomendaciones para el Estado. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer tiene un Protocolo Facultativo⁹⁹ el cual permite al CEDAW recibir comunicaciones (denuncias) y realizar investigaciones sobre los casos. Las sesiones del CEDAW son tres veces al año y cada una dura tres semanas.
- El Comité contra la Tortura (CAT), esta conformado por 10 expertos y se encarga de controlar la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.¹⁰⁰ Para la supervisión, los Estados parte de la Convención, presentan informes periódicos (al primer año de adherirse y luego cada cuatro años) sobre la aplicación y respeto del tratado internacional, después el CAT emite unas observaciones finales en las cuales recoge las preocupaciones y recomendaciones del CAT. El Comité, tiene la facultad de recoger comunicaciones de particulares (denuncias), realizar investigaciones y verificar las denuncias entre

numeral 1 del propio Protocolo; el Segundo Protocolo fue firmado por 38 países y 87 son parte del mismo. El Ecuador se adhirió el 23 de febrero de 1993 al Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP.

⁹⁸ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU con Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 y entro en vigencia el 3 de septiembre de 1981 conforme al artículo 27 numeral 1. La Convención fue firmada por 99 países y 189 son parte. El Ecuador firmó la Convención el 17 de julio de 1980 y la ratificó el 9 de noviembre de 1981.

⁹⁹ El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fue adoptado por la Asamblea de la ONU el 6 de Octubre de 1999; en concordancia con el artículo 15 numeral uno, el Protocolo fue abierto a las firmas el 10 de diciembre de 1999.

¹⁰⁰ La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes fue adoptada el 10 de diciembre de 1984 en la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/46; entró en vigor el 26 de junio de 1987 conforme a lo que establece el artículo 27 numeral 1. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes fue firmada por 83 países y 166 son parte; el Ecuador firmó la Convención el 4 de febrero de 1985 y lo ratificó el 30 de marzo de 1988.

Estados; además, el Comité publica observaciones generales en las cuales recoge la interpretación que hace del contenido del tratado internacional. La Convención tiene un Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (OPCAT),¹⁰¹ el cual dispuso la creación del Subcomité para la Prevención de la Tortura. El Comité realiza tres periodos de sesiones durante el año, cada uno dura 4 semanas.

- El Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (SPT), lo conforman 25 miembros y es un órgano que tiene como misión: “visitar todos los lugares de reclusión en los Estados partes y proporcionar ayuda y asesoramiento tanto a los Estados partes como a sus órganos nacionales independientes para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (los mecanismos nacionales de prevención).”¹⁰² El SPT posee acceso irrestricto a cualquier lugar donde exista una persona privada de la libertad, dentro de estos centros pueden estar comisarias, prisiones, establecimientos militares, policiales, etc., para de esta forma tener argumentos para dialogar con el Estado ya que su objetivo no es condenarlos. Las visitas del SPT pueden ser: visitas de país, visitas de seguimiento, visitas de asesoramiento sobre los Mecanismos Nacionales de Protección (NPM por sus siglas en ingles) y visitas de asesoramiento relativas al OPCAT.
- El Comité de los Derechos del Niño (CRC), lo conforman 18 expertos que se encargan de la supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰³ y dos Protocolos Facultativos: el uno relativo a la Participación de los Niños en Conflictos Armados (OPAC),¹⁰⁴ y el otro relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la

¹⁰¹ El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (OPCAT), es un tratado internacional aprobado por la Asamblea General de la ONU en diciembre 2002 y entró en vigencia en junio de 2006.

¹⁰² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Aplicación de las normas de derechos humanos: los órganos creados en virtud de los tratados”, en *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto No 20/ Rev. 1, (2012), 23.

¹⁰³ La Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 de conformidad al artículo 49. La Convención fue firmada por 140 países y 196 son parte; el Ecuador la firmó el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 23 de marzo de 1990.

¹⁰⁴ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (OPAC por sus siglas en ingles), es un documento internacional adoptado por la

Utilización de Niños en la Pornografía (OPSC).¹⁰⁵ Además de estas normas, en el 2011 se aprobó un tercer Protocolo Facultativo sobre el procedimiento de comunicaciones (OPIC),¹⁰⁶ el cual permite que los niños realicen denuncias individuales sobre las violaciones de sus derechos reconocidos en la Convención y las violaciones a los dos Protocolos Facultativos. Para la supervisión, los Estados deben presentar un informe periódico (un informe dos años después de la adhesión y luego un informe cada cinco años) al CRC, producto del análisis se emiten unas observaciones finales en las que se plasman las principales preocupaciones y recomendaciones; además, el CRC también examina los informes presentados por los países que se han adherido a los Protocolos Facultativos. El CRC puede investigar denuncias de particulares y de los Estados que forman parte de la Convención y de los Protocolos Facultativos (OPAC y OPSC).

- El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes (CMW), es un órgano integrado por 14 miembros, se encarga de la supervisión del cumplimiento de la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias;¹⁰⁷ para la supervisión, todos los Estados parte de la Convención deben presentar informes periódicos (uno al año de

Asamblea General de la ONU según Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 y entró en vigencia el 12 de febrero de 2002; el documento contó con la firma de 130 países y 168 son parte. El Ecuador, lo firmó el 6 de septiembre de 2000 y lo ratificó el 7 de junio de 2004.

¹⁰⁵ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (OPSC), es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU de 25 de mayo de 2000, en su Resolución A/RES/54/263 y entró en vigencia el 18 de enero de 2002; el Protocolo, fue firmado por 121 países y 176 son parte. El Ecuador lo firmó el 6 de septiembre de 2000 y lo ratificó el 30 de enero de 2004.

¹⁰⁶ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (OPIC), es un documento internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 2011, en su Resolución 66/138 y entró en vigencia el 14 de abril de 2014, del documento fue firmado por 51 países y 44 son parte. El Ecuador firmó el Protocolo el 24 de abril de 2013 y lo ratificó el 19 de septiembre de 2018.

¹⁰⁷ La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, es un tratado internacional, adoptado por el Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990 en su Resolución A/RES/45/158 y entró en vigencia el 1 de julio del 2003 como dispone el artículo 87 numeral uno de la propia Convención. La Convención fue firmada por 39 países y 54 son parte; el Ecuador, no firmó el documento pero se adhirió desde el 5 de febrero de 2002.

adherirse y luego uno cada cinco años) al CMW, luego de sus análisis se emiten unas observaciones finales en las cuales se recogen las preocupaciones y recomendaciones del CMW. El Comité puede receptor comunicaciones de particulares (denuncias) que aleguen violaciones a los derechos protegidos por la Convención. El Comité celebra sus sesiones 2 veces al año.

- El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (CRPD), está integrado por 18 miembros y se encarga de la supervisión de la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad;¹⁰⁸ para la supervisión, los países deben presentar un informe periódico (cada dos años luego de que entre en vigor la Convención) al CRPD, producto de esto se emiten unas observaciones finales en las cuales se plasman las recomendaciones y sugerencias al Estado; además existe, un Protocolo Facultativo,¹⁰⁹ el cual permite que el CRPD pueda recibir comunicaciones individuales (denuncias) e investigar casos en los cuales se evidencie una grave y sistemática violación a la Convención. El CRPD tiene dos periodos de sesiones durante el año.
- El Comité contra la Desaparición Forzada (CED), esta integrada por 10 miembros y se encarga de la supervisión de la aplicación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas;¹¹⁰ para la supervisión los países parte de la Convención deben presentar informes periódicos (cada dos años después de la ratificación) al CED, luego se analizan y el Comité emite

¹⁰⁸ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es un tratado internacional adoptado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/61/106 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 conforme al artículo 45 numeral 1 de la propia Convención. La Convención fue firmada por 162 países y 177 son parte; el Ecuador firmó el documento el 30 de marzo de 2007 y lo ratificó el 3 de abril de 2008.

¹⁰⁹ La Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es un tratado internacional adoptado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/61/106 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 conforme al artículo 13 numeral 1 del propio documento. El Protocolo fue firmada por 93 países y 95 son parte; el Ecuador firmó el documento el 30 de marzo de 2007 y lo ratificó el 3 de abril de 2008.

¹¹⁰ La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 2006 en su Resolución A/RES/61/177 y entró en vigencia el 23 de diciembre de 2010 conforme al artículo 39 numeral uno. La Convención fue firmadoo por 98 países y 59 son parte; el Ecuador firmó el documento el 24 de mayo de 2007 y lo ratificó el 20 de Octubre de 2009.

unas observaciones finales en las cuales se recogen las preocupaciones y recomendaciones para el Estado. El Comité se reúne dos veces al año.

Tabla 5 Comités que conforman el Sistema de Protección de los Derechos Humanos: los Órganos de los Tratados	
Nombre del Comité	Tratados de la ONU
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD).	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD).
Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR).	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).
Comité de Derechos Humanos (CCPR).	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus Protocolos Facultativos.
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo.
Comité contra la Tortura (CAT).	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.
Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.	Se encarga de visitar los lugares de detención en los Estados Partes para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
Comité de los Derechos del Niño (CRC).	Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes (CMW).	Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.
Comité de los Derechos de las de las Personas con Discapacidad (CRPD).	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).	Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Elaboración del autor. Fuente: Normas del SUDH.

Cada uno de los Comités y Subcomités son órganos independientes con responsabilidades específicas de acuerdo a la temática que tratan cada uno de sus miembros (expertos independientes); además las facultades que tiene cada Comité y Subcomité se cumplen de acuerdo a la ratificación y adhesión que tienen los Estados a los diferentes tratados internacionales. Existe una *reunión anual de presidentes de los órganos de tratados de derechos humanos*, en la cual:

los presidentes de todos los comités se reúnen para discutir sobre la coordinación de sus actividades y sobre cómo mejorar el trabajo de los órganos de tratados de forma individual y colectiva. Se discuten temas tales como reestructurar los procedimientos de información, armonizar los métodos de trabajo, las cuestiones financieras y otros asuntos relativos a la labor de los órganos de tratados. Las consultas informales con los Estados y la sociedad civil también se llevan a cabo en forma conjunta.¹¹¹

Con este sistema se puede mantener comunicación interna entre los diferentes Comités, con la finalidad de mejorar de forma individual y colectiva.

¹¹¹ International Service for Human Rights (ISHR), “Fortalecimiento del Sistema de los Órganos de Tratados”, en *Guía simple sobre los órganos de tratados de la ONU*, (Ginebra: ISHR, 2015), 52.

4. Las obligaciones de los Estados en el SUDH: los instrumentos universales y la teoría de los tres niveles

Uno de los sistemas más complejos como se ha expuesto es el SUDH, su complejidad se establece por sus múltiples sistemas de protección de derechos humanos, ya sean por los Órganos de la Carta o los Comités de supervisión de los Tratados, es por ello que “Para comprender a cabalidad las obligaciones contraídas por un Estado en virtud de estos tratados, es menester leer en conjunto todos los tratados de derechos humanos en los que un Estado es parte. Pese a que cada tratado es distinto e independiente, los tratados se complementan entre sí porque tienen en común un conjunto de principios.”¹¹²

El análisis resulta complejo en el contexto de que varios de los tratados internacionales de derechos humanos no han sido firmados, ni ratificados, ni han sido objeto de adhesión por algunos Estados; además a esta complejidad se suma el hecho de que existen tratados internacionales de derechos humanos que protegen derechos específicos, lo que podría ser subsanado analizando los tratados en su conjunto ya que como se indicó “los tratados se complementan entre sí”, pero el presente trabajo no tiene como objetivo realizar un estudio sobre estas complejidades, ni un análisis de las obligaciones de los Estados para cada uno de los derechos, sino desarrollar las obligaciones de manera general en el SUDH; para esto, como lo expone Luciano Pezzano,

Por tratarse de obligaciones generales, analizaremos instrumentos que tienen el mismo carácter: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, valiéndonos de otros instrumentos en la medida que resulten necesarios para la interpretación o para complementar el análisis. Con idéntico fin, recurriremos cada vez que sea pertinente, a la práctica de los órganos del sistema universal.¹¹³

¹¹² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Evolución de las normas de derechos humanos: los tratados y sus protocolos facultativos”, en *El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Folleto informativo No 30*, (New York: ACNUDH, 2017), 21. <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30sp.pdf>>.

¹¹³ Luciano Pezzano, “Fuentes de las obligaciones de los Estados en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI, (2012): 67-106, 68.

En este contexto, para cumplir con el objetivo se tomará como marco de análisis la división propuesta por el autor citado. Luciano Pezzano, expone que pueden hacerse dos tipos de análisis de las obligaciones de los Estados en relación a los derechos humanos en el SUDH, uno que proviene del análisis de las fuentes del Sistema; y otro, que es desarrollado por el Relator Especial Asbjorn Eide en 1987 y aceptado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (esquema de tres niveles).

4.1. Las Obligaciones de los Estados: las fuentes del Sistema Universal

El análisis de las obligaciones que tienen los Estados a través de las fuentes del SUDH propone un estudio del compromiso que han adquirido los Estados a nivel internacional al suscribir un Tratado; en este contexto, si bien la obligación comprende un convenio entre los Estados, estos desprenden algunas acciones que producen derechos a los individuos, como lo ha expresado el Comité de Derechos Humanos “Esos tratados, y concretamente el Pacto, no son una red de intercambio de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas”.¹¹⁴

Pezzano cita 6 obligaciones que están reconocidas por el SUDH, estas son: las obligaciones de *promover, cooperar, asegurar, respetar, garantizar y adoptar medidas*.

4.1.1. La obligación de promover

La obligación de *promover* se desprende como un mandato propio de la Carta de la ONU. Esto lo reconocen el PIDESC y el PIDCP en sus respectivos preámbulos en los cuales se expone: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la

¹¹⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto”, *Observación General No 24 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*, No HRI/GEN/1/Rev.7, (1994), párr. 17.

obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,[...] Conviene en los artículos siguientes:”.¹¹⁵

La ONU a través de la cita que se redacta de manera idéntica en los dos Preámbulos (en el PIDESC y en el PIDCP), y que refieren a la Carta de la ONU, expone una de las obligaciones que en ese contexto debe ser entendida como general, ya que luego del Preámbulo cada uno de los Pactos desarrolla obligaciones específicas que deben cumplir los Estados, con los derechos humanos que cada uno de los tratados internacionales protege.

A pesar de este reconocimiento, resulta necesario formular un análisis que se desprenda de la propia Carta de la ONU para tener un argumento más sólido que afirme el *promover* como una obligación de los Estados frente a los derechos humanos. El artículo 56 de la Carta de la ONU indica que “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.¹¹⁶ Este artículo expone en su literal c que: “El respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”;¹¹⁷ de esta vinculación se puede entender como lo ha expuesto Pizano que “los Estados Miembros de las Naciones Unidas están obligados, en virtud de los Artículos 55 inc. c) y 56 de la Carta, a promover el «respeto universal a los derechos humanos y a las libertades de todos» sin distinción, así como «la efectividad de tales derechos y libertades».”.¹¹⁸

¹¹⁵ ONU, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Resolución 2200 A (XXI)*, (16 de diciembre de 1966), Preámbulo.

¹¹⁶ ONU, “Carta de las Naciones Unidas”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 26 de junio 1945*, (24 de octubre de 1945), art. 56.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 56 literal c.

¹¹⁸ Luciano Pezzano, “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303- 346, 309.

4.1.2. La obligación de cooperar

La obligación de *cooperar* también se desprende de los artículos citados. El artículo 56 de la Carta de la ONU, establece que todos los Estados miembros se comprometen a “tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización”;¹¹⁹ esta *cooperación* como bien se expuso, es con el objeto de respetar los derechos humanos conforme al artículo 55 literal c de la Carta. Con ese antecedente, la Asamblea General de la ONU, desarrolló la “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, en la cual se indica que: “b) Los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”.¹²⁰ Ahora bien, se puede citar algunas resoluciones más con las cuales se apoyó la consideración de la *cooperación* como una obligación de los Estados, por ejemplo la resolución 32/130, sobre «Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales», la Asamblea General actuó «Consciente de que es deber de las Naciones Unidas y de todos los Estados Miembros realizar la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y para promover y alentar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión», y en su resolución, 37/200, sobre «Mayor promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales», modificó ligeramente la redacción, al afirmar que la cooperación «es un propósito de las Naciones Unidas y un deber de todos los Estados Miembros».¹²¹

Sin duda alguna el SUDH, de acuerdo a las Resoluciones expuestas, identifica a la *cooperación* como una obligaciones del Estado, pero esta obligación que se establece

¹¹⁹ ONU, “Carta de las Naciones Unidas”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 26 de junio 1945*, (24 de octubre de 1945), art. 56.

¹²⁰ ONU Asamblea General, “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, *Resolución de la Asamblea General de la ONU No 2625 (XXV)*, (24 de octubre de 1970), párr. 132.

¹²¹ Luciano Pezzano, “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303- 346, 316.

específicamente en el artículo 56 de la Carta, conduce al reconocimiento de la obligación de *respetar* establecida en el artículo 55 de la Carta y que será desarrollada más adelante.

4.1.3. La obligación de asegurar

La obligación de *asegurar*, como lo indica Pezzano, se desprende de una interpretación autorizada que se ha realizado a la Carta de la ONU y que se plasma en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante Declaración Universal), en el documento se expone que: “Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”;¹²² en ese contexto lo que se desarrolla es la obligación contraída del artículo 56 y 55 literal c de la Carta de la ONU, que se sintetiza en la obligación de *asegurar*.

De la misma forma, la Asamblea General de la ONU ha reconocido esta obligación en varios de sus documentos, por ejemplo en la Resolución A/RES/55/99, el organismo expone que “Recordando que, al aprobar la Declaración Universal de Derechos Humanos, hace cincuenta y dos años, los Estados Miembros se comprometieron a asegurar, en cooperación con las Naciones Unidas, la promoción del respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”.¹²³ Con este antecedente, se puede afirmar que la obligación de *asegurar* principalmente se desprende de la Declaración Universal y de la Carta; pero actualmente ha sido recogida por varias Resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

4.1.4. Las obligaciones de respetar y garantizar

En el SUDH, las obligaciones de *respeto* y *garantía* han sido recogidas en varios de sus instrumentos internacionales. Uno de estos es el PIDCP, el cual en su artículo 2 numeral

¹²² ONU, Asamblea General, “Declaración universal de los derechos humanos”, *Resolución 217 A (III)*, (10 de diciembre de 1948), Preámbulo.

¹²³ ONU Asamblea General, “Fortalecimiento del estado de derecho”, *Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, Resolución A/RES/55/99*, (1 de marzo de 2001), párr. 1.

1 indica que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”.¹²⁴ Como se cita, las obligaciones de *respeto* y *garantía* tienen una relación que como lo ha expuesto Luciano Pezzano debe ser analizada para observar si la ONU reconoce a estas como una sola obligación o como obligaciones distintas.

Pezzano parte de la idea de que el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No 31, al referirse en su texto al *respeto* y *garantía* de manera singular induce a que se considere a las dos como una sola obligación ya que la Observación General indica que “La obligación jurídica dimanante del párrafo 1 del artículo 2 tiene un carácter a la vez negativo y positivo”,¹²⁵ mostrando que al referirse al término *obligación*, el Comité de Derechos Humanos reconoce al *respeto* y a la *garantía* como una sola; esto discrepa del texto que desarrolla la propia Observación General, la cual señala en su párrafo 8 que “Las obligaciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 2 tienen fuerza vinculante para los Estados Parte”, lo que formula el reconocimiento del *respeto* y la *garantía* como diferentes al redactar el término *Las obligaciones*. Considero que esta disyuntiva tiene una trascendencia importante ya que como se desarrolló en las obligaciones del SIDH, cada una de las obligaciones representan tareas diferentes para los Estados, que si bien pueden tener una relación, no considero que estas sean iguales.

Ahora bien, se debe distinguir que es lo que significa cada una de éstas: “La obligación de respetar implica el deber de cualquier agente del Estado de abstenerse de ejecutar una acción violatoria de un derecho humano; la obligación de garantizar exige acciones positivas del Estado para asegurar a todos los titulares de derechos humanos su goce y ejercicio efectivos”;¹²⁶ en este sentido la obligación de *respetar* conlleva una acción negativa por parte del Estado “abstenerse de ejecutar”, y la de *garantizar* propone “acciones positivas del Estado para asegurar” su goce; además, el Comité de Derechos

¹²⁴ ONU Asamblea General, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Resolución 2200 A (XXI)*, (16 de diciembre de 1966), art. 2.1.

¹²⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, *Observación General 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, (29 de marzo de 2004), párr. 6.

¹²⁶ Cecilia Medina, “Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, *Anuario de Derechos Humanos 2005*, No1 (2005): 55-60, 58. DOI: 10.5354/0718-2279.2011.12778.

Humanos de la ONU en la Observación General 31 expuso el mismo análisis al indicar que “La obligación jurídica del párrafo 1 del artículo 2 tiene un carácter a la vez negativo y positivo”, al referirse por una parte a la obligación de *respetar* y luego a la obligación de *garantizar*. El Comité continúa indicando que “Los Estados Parte deben abstenerse de violar los derechos humanos reconocidos en el Pacto”¹²⁷ al referirse a la obligación de *respeto*; y expone que “solo se podrá cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto”,¹²⁸ al referirse a la obligación de *garantizar*.

Pezzano indica que la obligación de *garantizar* no puede ser entendida únicamente como una *obligación positiva* y parte del análisis del texto de la Observación General 31, en el cual se indica que “Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.”¹²⁹ con esto el autor propone que la *violación pasiva* se comete cuando un Estado aplica garantías insuficientes, tímidas en relación a otros sistemas.

4.1.5. La obligación de adoptar medidas

La obligación de *adoptar medidas* se encuentra reconocida por el PIDCP y el PIDESC, lo que estructura un marco de protección de todos los derechos; es decir, la *adopción de*

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, *Observación General 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, (29 de marzo de 2004), párr. 6.

¹²⁸ Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, *Observación General 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, (29 de marzo de 2004), párr. 8.

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 8.

medidas es de mandato obligatorio para garantizar por una parte los derechos civiles y políticos (PIDCP), y los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC).

El PIDCP, en el artículo 2 numeral 2 indica que “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”¹³⁰ Al respecto el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha expuesto que del párrafo se desprenden tres medidas específicas: la primera es el compromiso de los Estados para adoptar las medidas al momento de su ratificación; la segunda, se refiere a la modificación de las medidas que no son compatibles con el PIDCP; y, la tercera prohíbe que los Estados justifiquen su desacato alegando situaciones políticas, económicas, sociales o culturales.¹³¹

En cambio el PIDESC, en el artículo 2 numeral 1 expone que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como

¹³⁰ ONU Asamblea General, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Resolución 2200 A (XXI)*, (16 de diciembre de 1966), art. 2.2.

¹³¹ Las tres medidas se desprenden del Análisis de la *Observación General 31* del Comité de Derechos Humanos de la ONU, (*CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*), de 26 de mayo de 2004, misma que indica en su párrafo 13 que: “En el párrafo 2 del artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para hacer efectivos en el plano interno los derechos reconocidos en el Pacto. Se sigue que, si los derechos reconocidos en el Pacto no están ya protegidos por la legislación o la práctica internas, los Estados Parte, cuando ratifiquen el Pacto, habrán de introducir los cambios necesarios en la legislación o la práctica internas para ponerlas en armonía con el Pacto. En caso de haber incompatibilidad entre el derecho interno y el Pacto, se dispone en el artículo 2 que se habrá de modificar la legislación o la práctica internas para ajustarse a las normas impuestas por las garantías sustantivas del Pacto. Según el artículo 2, se permite que los Estados Parte cumplan esta exigencia de conformidad con su propia estructura constitucional y, por consiguiente, no se dispone que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales de justicia, mediante su recepción en el derecho interno. No obstante, el Comité considera que las garantías reconocidas en el Pacto pueden estar mejor protegidas en los Estados en los que el Pacto pase a ser parte del orden jurídico interno automáticamente o mediante recepción específica. El Comité invita a los Estados Parte en los que el Pacto no haya pasado a formar parte del orden jurídico interno a que consideren la posibilidad de darle cabida en él a fin de facilitar el pleno reconocimiento de los derechos enunciados en el Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 2.”; y en su párrafo 14: “La obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata. No se puede justificar el incumplimiento de esta obligación haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado.”

mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”;¹³² en este contexto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado una Observación General para analizar el tema de la adopción de medidas de manera específica, del cual se cita tres puntos importantes: primero, como bien lo afirma el Comité el artículo propone que exista un *logro progresivo*, que debe ser entendido en el contexto del objetivo general que tiene el Pacto, considerando que el “concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo”,¹³³ lo que otorga al Estado la posibilidad de desarrollar de manera real acciones para el cumplimiento del objetivo, observando las dificultades reales que pueden existir para alcanzar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; este plazo no puede exceder lo que el Comité a considerado como un plazo razonable.¹³⁴

Segundo, el Comité destaca la importancia de la consideración que deben tener las medidas en el ámbito legislativo, y es por ello que “reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece

¹³² ONU Asamblea General, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Resolución 2200 A (XXI) (16 de diciembre de 1966), art. 2.

¹³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, *Observación General No 3, Quinto periodo de sesiones*, (14 de diciembre de 1990), párr. 9.

¹³⁴ En relación al plazo razonable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No 3. Párr. 2 expone que “Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados.”.

de una base legislativa sólida para las medidas necesarias.”,¹³⁵ lo que formula la necesidad de cambios en la adecuación de las normas ya sea a través de la creación de estas o la modificación de las existentes; esto no deja de lado que se pueda considerar otras medidas que no sean específicamente legislativas como es el caso del ofrecimiento de recursos judiciales.¹³⁶

Tercero, otro de los aspectos importantes que desarrolla el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, es el análisis de los recursos que se deben emplear para la adopción de medidas; en este tema, el Comité ha indicado que lo que se propone en el PIDESC, es un estándar mínimo de los derechos que tutela la norma internacional y que la intención de la frase “hasta el máximo de los recursos de que se disponga” que se encuentra citada en el PIDESC, tiene la intención de “referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales”.¹³⁷ Además, el Comité puede considerar que la obligación no se ha cumplido cuando se pueda determinar que los recursos empleados resultan insuficientes en el cumplimiento del propósito objeto del Pacto.¹³⁸

¹³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, *Observación General No 3, Quinto periodo de sesiones*, (14 de diciembre de 1990), párr. 3.

¹³⁶ En el contexto de las medidas legislativas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 3 del 14 de diciembre de 1990, párr. 5, ha expuesto que: “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”; también ha indicado en el párrafo 8 indica que: “El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia.”

¹³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, *Observación General No 3, Quinto periodo de sesiones*, (14 de diciembre de 1990), párr. 13.

¹³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 3 del 14 de diciembre de 1990, párr.11, expone respecto a los recursos que: “El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de

4.2. *Las obligaciones de los Estados: esquema de los tres niveles*

Uno de los planteamientos que ha sido acogido por varios autores al momento de identificar las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos, ha sido el esquema de los tres niveles propuesto por el Relator Especial Asbjørn Eide. El Relator Especial, “presentó a la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, en 1987, el informe que le había sido encomendado en materia de derecho a una alimentación suficiente. El estudio introdujo un modelo compuesto de tres niveles o tipos de obligaciones del Estado. Posteriormente, en el informe de progreso de 1998, introduciría un cuarto nivel”.¹³⁹ El análisis de este modelo, que se plantea en las observaciones e informes de la ONU, ha obligado que el presente estudio recoja la mayoría de las citas en inglés.¹⁴⁰

Esto es lo que le ha hecho que el criterio sea esencialmente importante, ya que por una parte, desarrolla las obligaciones que tienen los estados frente a los derechos humanos, y además, este criterio ha sido acogido por la ONU en los informes posteriores a los presentados por Eide.

recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. El Comité ya ha tratado de estas cuestiones en su Observación general No 1 (1989).”.

¹³⁹ Rolando Gialdino, “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista IIDH*, Vol. 37, (enero- junio 2003): 87- 134, 95.

¹⁴⁰Las traducciones oficiales que ha hecho la ONU, solo presentan el segundo texto del Relator Especial Eide Asbjørn en español; este documento ha sido recogido en el Informe del Consejo Económico y Social de la ONU E/CN.4/Sub.2/1999/12, de 28 de junio de 1999, titulado “El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre. Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide en cumplimiento de la decisión 1998/106 de la Subcomisión”. El primero documento publicado por el “Economic and Social Council”, titulado “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, en su informe E/CN.4/Sub.2/1987/23 de 7 de julio de 1987, únicamente se encuentra en inglés; por lo que ha sido necesario desarrollar algunas citas en este último idioma, específicamente las que refieren a los dos primeros niveles de las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos (respetar y proteger respectivamente). Posterior se observará que también existe una doble traducción en los términos planteados como obligaciones.

El Relator Especial, al igual que otros autores identifica la problemática respecto a la identificación de las obligaciones de los Estados en el SUDH, afirmando que:

The main problem in regard to social and economic rights has been to define the obligations corresponding to the rights. This was the cause of major controversies in the drafting both of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The obligations remain vague until the present. In the absence of effective international supervision, they have not been made clearer through case law. Most of what follows in this chapter is therefore in the nature of *de lege ferenda*.¹⁴¹

Ahora, si bien el Relator Especial menciona únicamente a los derechos económicos y sociales, esta afirmación no es diferente en relación a todos los derechos en general. Algunos autores como es el caso de Sandra Serrano,¹⁴² han afirmado que no existe ninguna teoría de las obligaciones de los Estados en el contexto de los derechos humanos; además como expone Asbjørn, el identificar las obligaciones de los Estados frente a los derechos humanos, ha sido una de las principales controversias al momento de desarrollar la Declaración Universal y otras normas internacionales.¹⁴³

¹⁴¹ Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 94.

¹⁴² Sandra Serrano, en una publicación titulada “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en Eduardo Ferrer, José Caballero, Christian Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, 1er. ed., (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones de la UNAM, 2013), 101; expone que: “Si bien puede afirmarse que aún no hay una teoría de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, lo cierto es que si existen importantes esfuerzos que permiten eliminar la distinción entre obligaciones de derechos civiles y políticos y obligaciones de DESC y, fundamentalmente, posibilitan la construcción de una lectura conjunta de derechos y obligaciones.”.

¹⁴³ En una redacción *supra*, al desarrollar la obligación de *asegurar*, se expuso que la obligación no se desprende particularmente de la Carta de la ONU como es el caso de la cooperación (citada en el artículo 56 de la Carta de la ONU), sino que ha sido una interpretación autorizada del artículo 56 y 55 literal c de la Carta de la ONU; luego esta obligación (asegurar), se plasmó en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta disyuntiva es uno de los problemas que identifica el Relator Especial Eide Asbjørn en el párrafo.

En el esquema que propone Asbjørn Eide, sostiene que en el primer nivel está la obligación *to respect*. “States must, at the primary level, respect the freedom of the individuals –or groups, such as indigenous populations– to maintain their possessions and to take the necessary action relating to the resources necessary for their livelihood.”;¹⁴⁴ esta obligación propone la necesidad negativa que se traduce en la abstención de los Estados.¹⁴⁵

En el segundo nivel esta la obligación de *to protect*. “At the secondary level. States should protect the freedom of action and the use of resources as against third parties.”.¹⁴⁶ Esta obligación a diferencia de la anterior, propone acciones positivas del Estado que tienen como objetivo prohibir que otras personas impidan el goce de los derechos humanos.¹⁴⁷

En el tercer nivel se encuentra la obligación *to fulfil*. “At the tertiary level, the State has —as a last resource— the obligation to fulfil the expectations of all for the enjoyment of

¹⁴⁴ Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 112.

¹⁴⁵Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 170, say that: “The obligation to respect calls for non-interference by the State, in all cases where the individuals, or groups, can take care of their own needs without weakening the possibility for others to do the same.”

¹⁴⁶ Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 113.

¹⁴⁷ Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 175 say that: “At the second level, the obligation to protect implies the responsibility of States to counteract or prevent activities and processes which negatively affect food security, particularly for the most vulnerable in society. Some degree of protection may be required against more assertive or aggressive subjects (more powerful economic interests when acting in a ruthless way, protection against fraud, against unethical behaviour in trade and contractual relations, against the marketing and dumping of hazardous or dangerous products - to mention some examples from different fields). Significant components of the obligation to protect is spelled out in existing law, and more should be elaborated. The observations in the previous paragraph about groups, such as indigenous populations, are applicable also here.”

the right to food”.¹⁴⁸ La obligación *to fulfil*, debe ser analizada de manera especial ya que como lo advierte Pezzano,

el planteamiento de Eide, para 1998, preveía, en realidad, cuatro tipos de obligaciones; además de las de respetar y proteger, se agregaban «facilitar» (to facilitate) y «satisfacer» (to fulfil). El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales no rechazó la propuesta en cuanto a su contenido, aunque ordenó y dio sentido a los conceptos a su manera: estableció como género la obligación de «realizar» (fulfil) y, dentro de éste, dos especies: la obligación de «facilitar» (fulfil-facilitate) y la obligación de «hacer efectivo» o «proveer» o «proporcionar» (fulfil-provide). La tercera especie, «promover» aparecería más tarde.¹⁴⁹

Lo importante de esta reflexión, es que el Relator Especial agregaría dos obligaciones más al tercer nivel y que luego el Comité incluiría una más como se desarrollará a continuación.¹⁵⁰ El informe E/CN.4/sub.2/1999/12¹⁵¹ recoge los tres niveles propuestos por el Relator Especial en 1987, pero formula una división especial al tercer nivel “the obligation to fulfil incorporates both an obligation to facilitate and an obligation to

¹⁴⁸ Eide Asbjørn, “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”, Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987), párr. 114.

¹⁴⁹ Luciano Pezzano, “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303- 346, 338.

¹⁵⁰ Como se indicó anteriormente, las citas se tuvieron que desarrollar en inglés en virtud de que existe una traducción diferente en la obligación *to fulfil*, ya que en los documentos oficiales en la Observación General 12, párrafo 15 se la traduce como *realizar*, y en la Observación General 14, párrafo 33 se la traduce como *cumplir*; lo que considero le tomó varias explicaciones a Luciano Pezzano, en su artículo “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303- 346.

¹⁵¹ Eide Asbjørn, “The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide, in accordance with Sub-Commission decision 1998/106”, Economic and Social Council, *fifty-first session E/CN.4/Sub.2/1999/12*, (28 June 1999), párr. 53. “The Committee has now generally endorsed this approach in its general comment 12 (para. 15). It will be noted that the Committee has decided to use the three levels of obligations, as originally suggested by me, but has subdivided the third level into the obligation to facilitate and to provide (fulfil), as I have suggested in my later work.”.

provide”,¹⁵² es decir el tercer nivel *to fulfil* estaría compuesto por las obligaciones de *to facilitate* y *to provide*.

Con estos antecedentes, hasta este punto el Relator Especial había desarrollado en dos instancias las obligaciones (1987 y 1999), pero el Comité de Derechos Económicos y Sociales posterior a esto integraría la obligación *to promote* en el nivel *to fulfil*, indicando que “In turn, the obligation to fulfil contains obligations to facilitate, provide and promote.”;¹⁵³ entonces el cuadro de obligaciones de los Estados en la actualidad quedaría expuesto de la siguiente manera:

Tabla 6					
Sistema de los tres niveles de las obligaciones del Estado (en inglés)					
To respect	To protect	To fulfil			
Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/2	Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/2	Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/2			
		To facilitate	To provide	To promote	
		<i>General Comment No 12</i>	<i>General Comment No 12</i>	<i>General Comment No 14</i>	

Elaboración del autor. Fuente: Normas del SUDH.

¹⁵² Economic and Social Council, “The right to adequate food (art. 11)”, *General Comment 12 E/C.12/1999/5, Twentieth session 26 April- 14 May 1999, (12 May 1999), párr. 15.* <<https://undocs.org/E/C.12/1999/5>>.

¹⁵³ Economic and Social Council, “The right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, *General Comment 14 E/C.12/2000/4, Twenty-second Session, (11 August 2000), párr. 33.* <<https://www.refworld.org/pdfile/4538838d0.pdf>>.

Si bien estas obligaciones han sido desarrolladas a través del Consejo Económico y Social de la ONU refiriéndose a los derechos a la salud y a la alimentación, considero que pueden ser extendidas a todos los derechos humanos como lo ha indicado el propio Consejo. Por ejemplo, en la Observación General 12 se expone que: “The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, to protect and to fulfil.”,¹⁵⁴ y en la Observación General 14 se indicado que: “The right to health, like all human rights, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, protect and fulfil.”,¹⁵⁵ lo que ratifica la aplicación ampliada a todos los derechos al referirse los dos documentos de manera específica a los derechos a la salud pero además al referirse de manera ampliada a todos los derechos *any other human right* y *all human rights*.

¹⁵⁴ Economic and Social Council, “The right to adequate food (art. 11)”, *General Comment 12 E/C.12/1999/5, Twentieth session* 26 april- 14 may 1999, (12 may 1999), párr. 15. <<https://undocs.org/E/C.12/1999/5>>.

¹⁵⁵ Economic and Social Council, “The right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, *General Comment 14 E/C.12/2000/4, Twenty-second Session*, (11 August 2000), párr. 33. <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>.

Capítulo Segundo

El Estado constitucional de derechos y justicia: una respuesta a los procesos eurocéntricos

Introducción

Es imposible no considerar una observación filosófica del Derecho para tener un punto de partida en el estudio de la garantía de los derechos de las personas y de esta forma sostener un primer acercamiento en el análisis de la relación entre el Estado, los ciudadanos y los derechos a través de la exploración de la garantía de estos en los diferentes sistemas de Estado. Ello no obstante, éste no será el único enfoque que tendrá el presente estudio ya que apostamos a un análisis más interdisciplinario que reconozca la lucha que han tenido los movimientos sociales para la concusión de sistemas progresistas. Además, en la relación anteriormente citada, tampoco se piensa que deba existir una análisis monista del Estado y el Derecho simplificándola a una corriente ideológica en la cual se considere que “no hay evolución posible del Estado de Derecho y menos aún en el marco de las relaciones entre poder y Derecho, en la medida en que Estado y Derecho no son sino la misma cosa”;¹⁵⁶ es así que el presente estudio ha considerado con la finalidad de tener más argumentos metodológicos, al Estado constitucional como un modelo evolucionado del Estado de Derecho.

El reconocimiento de este procedimiento de análisis, excluye toda posibilidad reduccionista de imaginar que “todo Estado es Estado de Derecho”, como lo desarrolla Kelsen en su teoría del dualismo ideológico.¹⁵⁷ Es más: parece inadecuado el no considerar otros argumentos para diferenciar claramente los sistemas de Estado como

¹⁵⁶ Antonio Peña, “Estado de Derecho y Garantía”, en *La Garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 41.

¹⁵⁷ Kelsen en el libro “Teoría Pura del Derecho”, desarrolla la idea de este dualismo tradicional entre Estado y Derecho. Concluye con la posibilidad de entender únicamente al Estado como un Estado de Derecho a través de la “función ideológica del dualismo de Estado y Derecho”.

bien lo afirma Antonio Peña,¹⁵⁸ en su libro “La garantía en el Estado constitucional de Derecho”. Ahora si bien, no es errada la consideración de una relación entre Derecho y Estado, no puede ser considerada de manera general la única justificación posible de Estado, ya que dentro de este se manejan sistemas jurídicos diferentes al Derecho como se identificará más adelante.

Este capítulo apuesta a un sistema más garantista a nuestro criterio, un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*; concebido no como una evolución del Estado constitucional desarrollado por algunos pensadores como Zagrebelsky, Guastini, etc.; pero si como un sistema propio y diferente, que busca la emancipación de los pueblos y nacionalidades que históricamente han sido desconocidos por procesos normativos que han terminado con la vulneración de sus derechos para poder mantener una hegemonía de construcción eurocéntrica del Derecho.

1. La garantía de los derechos en el Estado de Derecho: fin del Estado absolutista.

El presente estudio reconoce que el Estado de Derecho “marca un punto clave en la evolución de las relaciones entre el poder y el derecho, pues con él queda asentado, con un grado de rigor elevado, el sometimiento del poder al derecho”.¹⁵⁹ De esto se deduce la existencia de una relación complementaria pero no reducible entre si, es decir la existencia de una relación que ha ayudado en la construcción del Estado y más no en la identificación de cual de estos dos (poder y derecho) ha tenido mayor influencia en su desarrollo. El análisis, sin duda alguna, se torna más interesante aun cuando en el centro del estudio se coloca a los derechos como principal bloque de observación y su garantía.

¹⁵⁸Antonio Peña en el capítulo “Estado de Derecho y Garantía”, de su libro *La Garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), señala que existen algunos argumentos para no considerar el reduccionismo Kelsiano, estos son: la realidad histórica de los Estados, la existencia de sistemas jurídicos diferentes y critica a Kelsen mencionando que es una de reducción general; concluye indicando que “la propuesta de Kelsen tiene más de principio normativo, oponible o exigible a los poderes del Estado que de característica real de los mismos, es decir, que dice como debieran ser los actos de los órganos del Estado y no como son de modo real.”.

¹⁵⁹ Antonio Peña, “Estado de Derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 41.

Las preguntas sobre las relaciones entre poder y derecho, han tenido diversos contextos. Ya lo expuso Norberto Bobbio al argumentar sobre la democracia: “Vuelvo a tomar mi vieja idea de que derecho y poder son dos caras de la misma moneda: solo el poder puede crear derecho, y solo el derecho puede limitar el poder. El Estado despótico es el ideal de Estado de quien se coloca en el punto de vista del poder; en el extremo opuesto se halla el Estado democrático, que es el tipo ideal de Estado de quien se coloca en el punto de vista del derecho.”¹⁶⁰ Aparecen algunos elementos con los cuales se puede acrecentar el análisis de las relaciones entre el derecho y el poder, por ejemplo el “Estado”, los “derechos” al referirse sobre el despotismo y la democracia.

La historia muestra una dependencia entre estos elementos, los cuales han sido desarrollados en los diferentes modelos de Estado que han surgido; en esta primera aproximación, el análisis se centra en el Estado de Derecho.

Varios autores, entre los cuales se encuentra Diego Valadés, han coincidido que el Estado de Derecho tuvo su desarrollo en el liberalismo y que sus fuentes filosóficas más importantes se incorporan de la ideología Kantiana y de Humboldt.

Valadés expone que si bien Kant y Humboldt recogen en sus escritos la idea de Estado de Derecho, quien lo introduce como “un tema relevante para las definiciones políticas y jurídicas del Estado fue el jurista y político alemán Robert von Mohl en su obra *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, publicada en 1829. Muchos autores le atribuyen incluso haber acuñado la expresión; sin embargo Böckenförde demuestra que en 1813 la había empleado por primera vez Carl Th. Welker, y en 1924 Ch. Freiherr von Aretin.”;¹⁶¹ con lo que no hubo duda de que el concepto tuvo sus orígenes en Alemania.

¹⁶⁰ Norberto Bobbio, “Premisa”, en *El futuro de la democracia*, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), trad. Juan Moreno, 14.

¹⁶¹ Diego Valadés, “Estado de Derecho”, en *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), 8.

Zagrebelsky coincide con Valadés al indicar que el término fue acuñado en el siglo XIX,¹⁶² en Alemania según la expresión “*Rechtsstaat*.”;¹⁶³ esto no significa que fueron los únicos elementos que dieron paso al concepto de Estado de Derecho, ya que existieron otros sistemas como el “Estado de razón”,¹⁶⁴ que ayudaron a construir una idea más clara de Estado de Derecho.

El concepto de “Estado de Derecho”, tendría una figura más formal que la simple búsqueda del bien general que se conocía hasta aquel entonces en el “Estado de razón”, sino que se afirmaría como el límite de su propia actividad, así como el límite de las libertades de sus ciudadanos en base al derecho “*in der Weise des Rechts*”; es así que, en esa lucha de los gobiernos totalitarios en los que la mayoría de Estados se reconocían como Estados de derecho por el hecho de excluir la arbitrariedad de lo público y lo privado y se priorizaba el respeto a la ley sin importar cual fuese esta, se torna interesante realizar el análisis del Estado de Derecho entorno a la función que cumplía la ley.

Norberto Bobbio en su libro “El futuro de la democracia” recoge algunas ideas de autores como Platón y Aristóteles,¹⁶⁵ los cuales iniciaron la discusión sobre la función e importancia de la ley como herramienta del poder. Por una parte, en su discusión con Platón identifica el valor y la necesidad de que esta se encuentre sobre los gobernantes para que las ciudades tengan una “salvación y acumulación de bienes”; pero esto es distinto con Aristóteles ya que con él identifica la necesidad de que los hombres sean

¹⁶² Gustavo Zagrebelsky identifica dos sistemas de Estados anteriores al siglo XIX: el Estado absoluto y el Estado bajo régimen de Policía. El Estado absoluto, es un sistema característico del siglo XVII, mientras que el “Estado bajo el régimen de Policía” o Despotismo ilustrado es característico del siglo XVIII; estos sistemas dieron argumentos conceptuales para conocer las características del estado moderno.

¹⁶³ Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 21.

¹⁶⁴ Para Zagrebelsky, el término Estado de razón es un concepto que se utilizaba para denominar a aquellos Estados donde se gobernaba con la voluntad general de la razón y que tenían como fin el bien general.

¹⁶⁵ Norberto Bobbio, cita en el capítulo “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?” de su libro *El futuro de la democracia*, a Platón y Aristóteles; este último, a parte de reconocer la importancia de la ley reconoce que no únicamente se puede tener normas escritas, sino que existe un debate sobre la supremacía de la ley vs. la supremacía del hombre.

quienes gobiernen a la ley. Tanto la primera como la segunda tesis tienen sus problemas: en el caso de la supremacía de la ley, ésta no puede ser específica para casos concretos ya que la ley tiene intrínsecamente un principio de “generalidad”, principio que será tratado más adelante. En el caso de la supremacía del hombre, este en la mayoría de casos tiende a convertirse en tirano y a gobernar no por el bien común, sino por el bien personal. Esta categoría de análisis (del gobernante por el bien común o por el bien personal) da la pauta para que se establezca la idea de un buen o mal gobernante, considerando al buen gobernante “aquel que gobierna observando las leyes de las que no puede disponer libremente”.¹⁶⁶ En este contexto la ley tiene un papel importante en el gobernante y en el Estado.

Con estos elementos, se podría exponer un concepto de Estado de Derecho, sistema que –como bien plantea Gustavo Zagrebelsky– es una de las expresiones más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Su valor radica específicamente en “la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”;¹⁶⁷ pero al proponer esto, se puede omitir varios asuntos que no han sido considerados por otros académicos y confundir al Estado de Derecho con el Estado constitucional. El análisis de Zagrebelsky se extiende y revela que “El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típica de nuestro siglo, es presentado con frecuencia como una versión particular del Estado de Derecho. Esta visión no resulta necesariamente forzada, si consideramos la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias”.¹⁶⁸

Para no dejarnos persuadir por la idea de algunos académicos (a los cuales también se los citará) y confundir de esta forma los dos sistemas de Estado (el de derecho y el constitucional), se profundizará el análisis a varios argumentos que han sido referidos brevemente con anterioridad, estos son: la ley, con el estudio de sus principios; y, las personas, a través del análisis de los gobernantes. Para el efecto, se desarrollará de manera independiente el análisis, lo que no muestra que exista una separación

¹⁶⁶ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 202.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 22.

¹⁶⁸ Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 22.

conceptual ya que como se ha expuesto, existe una relación desde su formalidad conceptual, hasta su materialización.

1.1. *El Estado de Derecho y la ley: la legalidad y los principios de generalidad y abstracción.*

A parte de la elasticidad intrínseca del concepto de Estado de Derecho, este “es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea, que se remonta a Platón y a Aristóteles, del gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres”.¹⁶⁹ Luigi Ferrajoli,¹⁷⁰ sin olvidarse de esos inicios, propone un análisis a través de la distinción que ha presentado Norberto Bobbio “gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, o gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas”,¹⁷¹ en este punto, la división servirá de partida para realizar el análisis de la legalidad, ya que más adelante se profundizará el estudio del poder *sub lege* y *per leges*, para comprender mejor el Estado de Derecho y el gobierno.

Para el análisis de esta parte, únicamente se tomará en consideración el poder *sub lege* es decir el poder sometido a las leyes. Ferrajoli se ha basado en este para indicar que el “Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse en dos sentidos diversos: en el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no solo sus formas sino también sus contenidos”.¹⁷² Esto, como lo desarrolla el autor, da paso a dos tipos de Estado de Derecho, aquellos donde el poder es débil lato o formal en el que

¹⁶⁹ Luigi Ferrajoli, “¿Qué es el Garantismo?”, en *Derecho y razón*, 9.a ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, (Madrid: Trotta, 2009), 855.

¹⁷⁰ Luigi Ferrajoli hace un análisis del principio de legalidad en su libro “Derecho y razón” y expone dos sentidos del principio de legalidad.

¹⁷¹ Luigi Ferrajoli, “¿Qué es el Garantismo?”, en *Derecho y razón*, 9.a ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, (Madrid: Trotta, 2009), 856.

¹⁷² *Ibíd.*, 856.

se agruparían todos los ordenamientos “incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario solo los Estados constitucionales y, en particular, los de Constitución rígida como es típicamente el italiano, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no solo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder”,¹⁷³ es decir un poder fuerte, estricto o sustancial.

La caracterización de las dos formas de Estados de derecho, propone una relación con el principio de legalidad, de donde se desprende que puede existir una legalidad formal con sentido lato y una legalidad sustancial con sentido estricto. Como expone Ferrajoli, en la primera (legalidad con validez formal), las formas de ejercicio de poder y los sujetos titulares deben cumplir con estar predeterminados con la ley; en la segunda (legalidad con validez sustancial), además de cumplir con la primera, las materias de competencia y los criterios deben estar legalmente preordenados a través de obligaciones y prohibiciones. El autor para determinar un concepto de Estado de Derecho, sin duda alguna toma la segunda acepción; esta segunda acepción propone que el Estado de Derecho no sea considerado con un Estado simplemente regulado por la ley, sino

un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial¹⁷⁴

¹⁷³ *Ibíd.*, 856.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 857.

En este contexto, Ferrajoli reconoce que los países donde existen las “modernas Constituciones”, deberían ser considerados como Estados de derecho, con lo que discrepa de otros autores como es el caso de Gustavo Zagrebelsky, quien a partir del concepto de Constitución, plantea una diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional, división que será desarrollada más adelante pero que es importante aclararla para no perder el camino del análisis. Esta diferencia ha sido planteada en el libro “El derecho dúctil”, manifestando que “La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, mas que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”;¹⁷⁵ esto solo se puede diseñar a partir del análisis de la ley, en esto se puede decir que “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato mas alto de derecho establecido por la Constitución”.¹⁷⁶ Zagrebelsky no discrepa del planteamiento de Ferrajoli al respecto de la legalidad; es más, coincide con el planteamiento de dos tipos de legalidad exponiendo que:

No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y por tanto, *predeterminada* por la ley o, simplemente, *delimitada* por ella. En el primer caso, prevalente en el «monismo» parlamentario francés donde solo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples «autoridades» derivadas, la ausencia de leyes —leyes que atribuyesen potestades a la Administración— significaba para esta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania y en las constituciones «dualistas» de la Restauración, la ausencia de leyes —leyes que delimitasen las potestades de la Administración— comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines.¹⁷⁷

entonces, existe una vinculación directa entre la legalidad y la ley, ya que esta de acuerdo a su primer sentido débil, lato o formal, extendido en las constituciones dualistas; o en su segundo sentido fuerte, estricto, sustancial, extendido en las constituciones monistas, son los que proponen la existencia del Estado de Derecho.

¹⁷⁵ Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 33.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 34.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 27.

como se expuso, la muestra más uniforme es aquella en que la ley cumplía con su sentido fuerte, estricto y sustancial lo que presentaba dos características de la misma, la generalidad y la abstracción.

Como bien lo expone Zagrebelsky, el principio de generalidad de la ley en el Estado de Derecho es parte de su esencia misma, ya que “el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de Derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley”.¹⁷⁸ El principio de generalidad de la ley, produce que el sistema de estado se torne imparcial, además de proponer un límite al uso del poder por parte del Estado. En cambio, el principio de abstracción como bien lo cita Zagrebelsky, puede ser entendido como una “generalidad en el tiempo”, y “consiste en prescripciones destinadas a velar indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante «supuestos de hechos abstractos»”;¹⁷⁹ es decir la ley se construye a través de hechos no específicos como sería el caso de análisis de un juez, sino a través de hechos abstractos que produce la eliminación de la retroactividad y que perduren por un tiempo prolongado.

1.2. El Estado de Derecho y el gobierno: el gobierno de las leyes y el gobierno de las personas.

La legalidad y los principios de generalidad y abstracción, característicos del Estado de Derecho, muestran aquella relación que se ha señalado al inicio del presente estudio, relación que se mantiene entre el Estado, el poder y la ley; esto, propone un análisis más profundo que se muestra con el desarrollo que lo ha expuesto Norberto Bobbio al contextualizar el gobierno y el Estado, estudio que lo construye desde el modo de gobierno, más no desde la forma de gobierno.

El antecedente más claro de esta pugna ha sido históricamente desarrollado por Aristóteles y Platón; por una parte el primero quien con su clara afinidad con las normas expone que “En efecto, allá donde la ley está sometida a los gobernantes y carece de autoridad, veo pronto la ruina de la ciudad; y donde, por el contrario, la ley es señora de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, veo la salvación de la ciudad y la

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 29.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 29.

acumulación sobre ella de todos los bienes que los dioses suelen prodigar”.¹⁸⁰ Platón, quien primaba el gobierno de los hombres se cuestiona “¿es mas útil ser gobernado por el mejor de los hombres o por las mejores leyes? Aquellos que sostienen el poder real afirman que las leyes pueden dar solo prescripciones generales, pero no prevén los casos que se presentan sucesivamente, por lo que, en cualquier arte, sería ingenuo guiarse según normas escritas”.¹⁸¹ Con esto Bobbio, entiende la propuesta de construir una “ciencia regia”, conocimiento que debe poseer una persona para gobernar de manera adecuada. Platón profundiza su postura “sosteniendo con mayor fuerza que la ley, la cual pretende valer para todos los casos y para todos los tiempos, «es semejante a un hombre soberbio e ignorante que no deja hacer nada a nadie tranquilamente sin una prescripción suya»”.¹⁸² La tesis que propone la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres es destruida a causa de la característica propia de ley, *su generalidad*.

Esta primera introducción para comprender la complejidad del análisis que existe entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, muestra que no es un debate nuevo, sino que históricamente ha sido tratado desde dos propuestas que son algunas de las principales críticas que tiene el Estado de Derecho; en este punto, es interesante estudiar el gobierno de la ley, porque como bien se ha expuesto es el representativo del Estado de Derecho.¹⁸³

¹⁸⁰ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 198.

¹⁸¹ *Ibíd.*, 198.

¹⁸² *Ibíd.*, 199.

¹⁸³ Norberto Bobbio, en el capítulo “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, del libro *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 202, luego de hacer una exposición de lo que es el análisis del gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes (tesis planteada en primera instancia por Platón y Aristóteles) expone que: “Henri Bracton enuncia una máxima destinada a convertirse en el principio del Estado de Derecho: *Ipse autem rex nom debet esse sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit regem*. No se podía enunciar con mayor fuerza la idea de la primacía de la ley: no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace al rey. En la concepción dinámica del ordenamiento jurídico de los modernos («dinámica» en el sentido de la teoría normativa de Kelsen), se puede traducir la máxima de Bracton en la afirmación de que el soberano hace la ley solo si ejerce el poder en base a una norma del ordenamiento y, en consecuencia, es soberano legítimo; y ejerce el poder de hacer las leyes (o bien las normas válidas y vinculantes para toda la colectividad) dentro de los límites formales y materiales

Con estos antecedentes, Bobbio realiza un análisis más profundo del gobierno de las leyes y lo divide en el gobierno *sub lege* y el gobierno *per leges*. El gobierno *per leges*, es el gobierno mediante leyes “o bien a través de la promulgación, si no exclusiva, si predominante, de normas generales y abstractas”,¹⁸⁴ es el que caso en que el gobierno ejerce el poder mediante leyes preestablecidas y no con normas individuales o concretas; en cambio, el gobierno *sub lege*, “equivale al sometimiento de todo poder a derecho, desde el nivel más bajo a los superiores, a través del proceso de legalización de toda la acción de gobierno”,¹⁸⁵ es el que ejerce el poder a través de ordenes individuales y concretas. Para ejemplificar mejor, “el juez, cuando emite una sentencia que es una orden individual y concreta, ejerce el poder *sub lege*, pero no *per leges*. Por el contrario, el primer legislador, el legislador constituyente, ejerce el poder no *sub lege* (salvo que se admita por hipótesis, como hace Kelsen, una norma fundamental), sino *per leges*, desde el momento mismo en que promulga una Constitución escrita”.¹⁸⁶ Para Peña Nieto el gobierno *per leges*, es el que ayudó a afirmar mejor el Estado de Derecho, lo que ha sido corroborado en virtud de las características propias del gobierno *per leges* que son “la generalidad y abstracción”, a diferencia del gobierno *sub leges* que se ejecuta a través de las ordenes de los jueces con principios individuales y concretos. En tanto, se puede “concluir tranquilamente diciendo que la democracia es el gobierno de las leyes por antonomasia. En el momento mismo en que un régimen democrático pierde de vista este su principio inspirador, se transforma rápidamente en su contrario, en una de las muchas formas de gobierno autocrático, de las que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos.”;¹⁸⁷ es decir, tanto el gobierno *sub lege*, y el gobierno *per leges*, dentro del gobierno de la ley.

establecidos por las normas constitucionales y, por tanto, no es tirano (en el sentido de la tiranía *ex parte exerciti*).”.

¹⁸⁴ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 204.

¹⁸⁵ Antonio Peña, “Estado, Derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 48.

¹⁸⁶ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 204.

¹⁸⁷ *Ibid.*, 221.

1.3. *La garantía de los derechos en el Estado de Derecho.*

La ley tiene tres circunstancias por las cuales se constituye como garantía en el Estado de Derecho: primero, porque la ley

señala a cada uno de una manera objetiva y general, su ámbito de actuación, sus posibilidades y límites en su relación con los demás y con la sociedad; en segundo lugar, es un límite infranqueable al ejercicio del poder que no podrá actuar al margen de la norma sino dentro de los límites de esta; y, por último, es «el instrumento más idóneo para garantizar los derechos y libertades individuales, pues a través de ella, el pueblo pasa a convertirse en la voz que crea el derecho».¹⁸⁸

Como se ha indicado, la ley fue el instrumento más fuerte para garantizar los derechos y libertades individuales; es por ello, que en el Estado de Derecho, la ley tenía una importancia significativa. Los principios de generalidad y abstracción le dan a la ley, la fuerza necesaria para poner límites, y es por ello que “Precisamente a causa de su generalidad, una ley, sea cual sea, y, por tanto independientemente de su contenido, no permite, por lo menos en el ámbito de la categoría de sujetos a los que se dirige, ni el privilegio, o sea, la medida a favor de una sola persona, ni la discriminación, o sea, la medida en contra de una sola persona”;¹⁸⁹ a esta barrera que se construye a la discriminación a través del principio de generalidad, se le suma la seguridad a través del principio de abstracción. Bobbio expone que “Por el contrario, la función de seguridad depende del otro carácter puramente formal de la ley, el carácter de abstracción, o sea, del hecho de que enlaza una determinada consecuencia a la comisión o emisión de una acción típica y, como tal, irrepetible.”¹⁹⁰ Con estos antecedentes, se puede asegurar que la garantía de los derechos en el Estado de Derecho se cumplía por efecto de la propia ley, es decir por las características propias que tenía la ley (generalidad y abstracción).

¹⁸⁸ Antonio Peña, “Estado de Derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 51.

¹⁸⁹ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno, (Barcelona: Plaza& Janes, 1985), 204.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, 205.

Antonio Peña Nieto, expone que a parte de los principios de abstracción y generalidad (propios del sistema *per leges*), aun es posible sumarle una característica “la voluntad general”, ya que es un requisito indispensable para la existencia de los principios de generalidad y abstracción que exista “voluntad general”; es decir “La ley que permite afirmar que un sistema político funciona según las exigencias del gobierno *per leges* no es sólo la norma general y abstracta en su contenido, sino que la misma habrá de ser fruto de la voluntad general.”;¹⁹¹ el motivo es que no todos los Estados puedan llamarse Estado de Derecho por el único hecho de expresarse a través de normas generales y abstractas como puede ser el caso de algunos gobiernos autoritarios o de carácter absolutista que pueden cumplir con las formalidades del gobierno *per leges*; entonces, esta última característica, propone una garantía adicional en el Estado de Derecho y es que los Estados no puedan construirse a través de “expresiones normativas personales o autoritarias”.

El derecho con estos elementos, se había construido a través de una fórmula como lo expresa Zagrebelsky el “«el positivismo jurídico» como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa”¹⁹² lo que significa reducir todo a lo dispuesto por la ley. Esta reducción simplifica la actividad del Estado y la convierte en el caso de la actividad de los juristas “como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”.¹⁹³ Esto dio paso a una crisis en la ley.

Peña Nieto, enumera dos componentes que los identifica como “factores de crisis y de superación de modelo jurídico-político liberal”; estos factores son: primero, “una limitación del sentido”, en el cual se debía observar la supremacía de una visión personal y social en las relaciones del poder; es decir, el poder debe tener como objetivo la centralidad de la personal y de la sociedad y no de los intereses particulares. Lo que se hará visible en las primeras décadas del siglo XX. El segundo es “la constatación del carácter conflictivo de realidad social y de la no neutralidad del derecho respecto de los

¹⁹¹ Antonio Peña, “Estado, derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 50

¹⁹² Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 33.

¹⁹³ *Ibíd.*, 33.

conflictos sociales”;¹⁹⁴ es decir, la ley con sus características de generalidad y abstracción consideraba la existencia de una sociedad homogénea, algo que no sucedía en la realidad; además, la ley no era el resultado de la voluntad del pueblo, sino la voluntad de un grupo específico de personas. Con estos antecedentes, la ley deja de constituirse como una “garantía frente al Estado y se convierte en expediente de legitimación del poder político y en expresión de la voluntad estatal, pues en lugar de construir una garantía contra el arbitrio, pasa a ser instrumento para el ejercicio eficaz del poder”;¹⁹⁵ lo que propone un nuevo sistema de Estado.

2. El Estado constitucional: La Constitución como norma superior.

La crisis en la cual se hundiría la ley a causa del principio de legalidad, fue lo que dio paso a un nuevo sistema de Estado. La hegemonía de la ley se había asentado de manera tan adecuada en la administración, en los jueces, en el ejecutivo, etc., que todo el sistema estatal se encontraba bajo el control de la misma, lo que terminó con la crisis del Estado de Derecho. La solución a esta crisis, fue la creación de un nuevo pacto¹⁹⁶ que tuviera como fundamento “la Constitución”. Este nuevo pacto Peña Nieto lo ha reconocido como “pacto constitucional”;¹⁹⁷ este pacto que es el punto de partida del Estado constitucional, es:

¹⁹⁴ Antonio Peña, “Estado, Derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 55.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 55.

¹⁹⁶ Antonio Peña, en el capítulo “Estado, Derecho y Garantía”, del libro *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 78, expone que: “Si el Estado de Derecho es justificable como organización jurídico- política desde la óptica contractualista —el pensamiento ilustrado lo entendida como un acuerdo político para la limitación del poder y para la garantía de la libertad y de los derechos de los individuos—, igual ocurre con el Estado constitucional de derecho. Éste no es sino un intento de asegurar y revivificar la razón de ser que dio sentido originario al Estado de Derecho en un momento en que la realidad operativa de este no respondía a sus presupuestos axiológicos ni a las exigencias de garantía de ellos deducidas.”

¹⁹⁷ Antonio Peña, en el capítulo “Estado, Derecho y Garantía”, del libro *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 78, cita algunas analogías entre el pacto social y el pacto constitucional que es la base del Estado Constitucional y expone que: “en el caso del pacto

limitativo u oclusivo: determina cuales son las cuestiones de supervivencia, es decir, cuestiones absolutamente indispensables para la vida, que serán declaradas intangibles, y quedará expresa la intención de preservarlas de toda agresión, excluyéndolas incluso de las posibilidades de decisión política, a partir de la juridificación de los derechos fundamentales y del aseguramiento de su garantía. En segundo lugar, supondrá también la inclusión de deberes impuestos a los poderes públicos en atención a la necesaria efectividad de los derechos que para ello requieran actividad pública.¹⁹⁸

Estos derechos que se construyen como una barrera al orden jurídico, se convierten en la esencia estructural del Estado, el cual se transforma en un ente limitado sustancialmente en sus poderes públicos, a causa del sistema jurídico interpuesto. El instrumento en el cual se plasma esta limitación es la Constitución.

El valor que toma la Constitución ya no es el mismo que tenía en el Estado de Derecho, ya que no se puede decir que en el Estado constitucional crea una nueva ley llamada Constitución, sino que en el Estado constitucional, la Constitución toma un lugar más alto, y al comparar “los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”.¹⁹⁹ En este sentido el derecho no se muestra como un conjunto de aspectos reducidos a la ley, sino que se presenta a través de “la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o «reducidos» en la ley.”;²⁰⁰ entonces, el Estado constitucional se muestra como un nuevo sistema que tiene como centro no la ley, sino la Constitución.

constituyente lo que nace es un determinado orden jurídico a partir de su norma básica, y en el caso del pacto social, lo constituido es el Estado como comunidad política de convivencia entre los hombres”.

¹⁹⁸ Antonio Peña, “Estado, Derecho y Garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (Valladolid: Trotta, 1997), 78

¹⁹⁹ Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 34.

²⁰⁰ *Ibid.*, 40.

2.1. *La Constitución en el Estado constitucional.*

Como se había indicado, la palabra Constitución no es un término nuevo que haya aparecido en el Estado constitucional, sino que es un término acuñado de años atrás, “Si bien es cierto que la palabra “Constitución” encuentra su origen en el mundo eclesiástico, con ocasión de las denominadas “Constituciones Papales”, en su significación ideológica y política no será utilizado el término hasta los procesos revolucionarios liberales”.²⁰¹ Para Antonia y Florentina Navas, el primer concepto conocido de Constitución se debe a los hebreos, quienes le atribuyeron una fuerte carga de ética y moral; luego el término aparece en Grecia con la “*politeia*” como parte de la *polis*; después en el contexto romano con el concepto de “*rem publicam constituere*”, Constitución que era parte del Estado; en la edad media aparece como “*Ley Fundamental*”; en el absolutismo a esta se la consideraba como una “*ley divina*”; en el iusnaturalismo aparece como “*pacto social*”; y finalmente los movimientos liberales, serían quienes proponen el moderno concepto de Constitución con el que inicia el actual “*régimen constitucional*”.²⁰²

El concepto actual de Constitución muestra que ésta no es un elemento más del Estado “ya que, dado su carácter garantista, surge como un mecanismo de control del poder político, configurándose, por ello como el instrumento jurídico que organiza los poderes del Estado.”.²⁰³ La falta de un hegemónico progreso del movimiento liberal, en Estados Unidos y Europa, propuso que la doctrina alemana haga una distinción entre dos tipos de constituciones: una en sentido formal y otra en material.

La Constitución en sentido formal, “hace alusión a la Constitución escrita, esto es, a la norma suprema del ordenamiento jurídico cuyo procedimiento singular de aprobación y reforma la diferencia del resto de las normas, respecto de las que ocupa una posición jerárquica superior [...] [es decir] el cuerpo orgánico de normas constitucionales

²⁰¹ Antonia Navas y Florentina Navas “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 216.

²⁰² Para profundizar el tema, leer a Antonia Navas y Florentina Navas, “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional* (Madrid: Dickinson, 2009).

²⁰³ Antonia Navas y Florentina Navas “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 217.

emanadas de os correspondientes actos de voluntad, consagradas en un documento solemne y revestido de formas especiales”.²⁰⁴ La superioridad de esta norma determina la rigidez en su reforma, con lo que se le otorga estabilidad; y genera mecanismos para para realizar un control de convencionalidad ya que la Constitución es una norma superior a las normas ordinarias.²⁰⁵

El concepto de material de Constitución “no atiende a su forma, es decir, al procedimiento de elaboración y reforma constitucional, sino a su contenido. La Constitución material aluden entonces, “al conjunto de normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos, en pocas palabras las normas que regulan la creación de normas por los órganos del Estado””.²⁰⁶ En este contexto, la Constitución en sentido material tiene un análisis desde varias posturas,²⁰⁷ las cuales tienen en común “la

²⁰⁴ *Ibíd.*, 217.

²⁰⁵ En este punto del trabajo se desarrolla el concepto de “Constitución en el sentido formal”, pero como lo indica Antonia Navas y Florentina Navas, “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 219, la Constitución en sentido formal puede desarrollarse a través de dos conceptos: 1. *El concepto liberal y garantista*, “El concepto liberal de Constitución es, pues, *garantista* al tiempo que racional y normativo, en tanto determina la existencia de un documento escrito y solemne dirigido a garantizar los derechos de los ciudadanos y la organización del poder político del Estado [...] (GARCIA PELAYO)”; y, 2. *El concepto normativo Constitucional*, “La concepción normativa de la Constitución escrita determina su configuración como la norma suprema del ordenamiento jurídico, una concepción que, a pesar de haberse iniciado a través de los movimientos liberales, se va a recepcionar de modo muy distinto en Europa y en el continente americano”.

²⁰⁶ Antonia Navas y Florentina Navas, “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 217.

²⁰⁷ Antonia Navas y Florentina Navas, en el capítulo “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en el texto *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009); indica que, la Constitución en sentido material puede ser analizada desde 7 posiciones distintas a causa de su interés en el contenido y no en la forma de la Constitución: 1. *Concepto sociológico de Constitución*, F. LA SALLE pone en manifiesto “la existencia de en cada país de dos Constituciones, la Constitución escrita y la Constitución real, la cual se encuentra integrada, por los factores reales y efectivos del poder” (220); 2. *Concepto de Constitución histórica o interna*, desarrollado en Inglaterra, liberales franceses y varios españoles, en la cual “la Constitución formal debe limitarse a reflejar por escrito las instituciones que la historia ha legitimado (221); 3. *Concepto de Constitución Social*, por BALMES y ALCALÁ GALIANO y L. Von STEIN “La Constitución real de un país se identifica con sus fuerzas sociales, es por ello, que la Constitución como norma debe ser un mero reflejo de la Constitución social. (221); 4. *Concepto material normativo*, desarrollado por KELSEN, “desde un punto de vista lógico- jurídico, define la Constitución como la Norma Hipotética Fundamental del ordenamiento jurídico. Para él “el concepto de norma fundamental

relativización de su juridicidad. La Constitución antes de ser norma jurídica, es para ellas estructura social, fuerzas políticas, instituciones históricas o todo eso a la vez. Y el Texto Constitucional tendrá valor y vigencia real en función de su mayor o menor ajuste con lo existente”.²⁰⁸ El sentido material y el sentido formal, si bien tienen unas diferencias que han sido expuestas, mantienen una relación. La Constitución, “desde un punto de vista material, se encuentra vinculada a determinados valores, de tal forma, que la Constitución viene a distinguir un régimen democrático del que no lo es, pues, su propia existencia dependerá de que, a su través, se establezca un sistema democrático”.²⁰⁹ Esta relación que existe entre estas dos formas de concebir la Constitución muestran la necesidad de proponer un concepto integral lo que actualmente se lo conoce como un *concepto sustancial de Constitución*.

El objetivo de proponer un concepto que integre el carácter formal y material de la Constitución es vincular otros elementos que si bien se encuentran en los dos primeros sentidos analizados, no son vistos de manera profunda como elementos constitutivos de la Constitución. Este *concepto sustancialista de Constitución*, que en un sentido puede cambiar la concepción del Derecho, y construir un nuevo significado “del Derecho Constitucional, optándose, con ello, por concebir a nuestra disciplina como un Derecho

o Constitución en sentido lógico-jurídico responde, hasta cierto punto, al concepto de un pacto primitivo o «contrato social», como fundamento del Estado, que tan importante papel juega en todas las doctrinas iusnaturalistas. En el fondo se trata de la misma necesidad teórica: de la necesidad de partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico estatal y permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder; esto es lo que ha llevado al positivismo, a la formulación de una norma fundamental, y en el Derecho natural, a la hipótesis del contrato social”. (221); 5. *Concepto a partir de la teoría decisionista de la Constitución*, por SCHMITT en contra posición de Kelsen, “el Derecho no encuentra su fundamento en la razón, sino en la voluntad. En este sentido, es la voluntad, que se asienta en el poder constituyente, a la que corresponde la decisión sobre cómo se ha de construir una unidad política”. (222); 6. *Concepto de Constitución in senso materiale*, desarrollado por MORTATT “La Constitución debe reflejar la estructura fundamental de la sociedad, y en consecuencia, debe reflejar las instituciones del Estado, las finalidades de esas instituciones, y los principios de actuación de estas instituciones” (222); y, 7. *Concepto de Constitución Balance*, “la Constitución debe reflejar los logros conseguidos por el régimen durante el proceso de construcción de la sociedad comunista, un concepto que encuentra reflejo en la Constitución soviética de 1936. (222).

²⁰⁸ Antonia Navas y Florentina Navas “Constitución y fuentes del derecho constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 223.

²⁰⁹ *Ibid.*, 223.

garante de la libertad e igualdad de los ciudadanos, como un Derecho de mínimos, común a todo el ordenamiento jurídico.”²¹⁰ debe tomar en consideración las nuevas realidades sociales, construyendo y cambiando los elementos conceptuales propios de cada sociedad, que sea integradora y que cambie la idea de observar a la Constitución como una norma suprema nada más; en este nuevo concepto,

la Constitución adquiere su carácter fundamental de la supremacía formal de sus normas, de ahí que se predique la supralegalidad formal, lo que viene a traducirse en un procedimiento especial para su aprobación y reforma que se configura en un mecanismo de garantía y defensa constitucional, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico; pero además, la relevancia de las materias que regula, hacen que la Constitución goce, al tiempo, de una supralegalidad material, lo que viene a justificar la propia justicia constitucional, es decir el control de constitucionalidad del resto de las normas, las cuales se han de interpretar, a su vez, conforme a la norma suprema, la Constitución.²¹¹

Al integrar, por una parte la supremacía formal, el procedimiento especial para su aprobación y reforma, los elementos que regula (principios, derechos, instituciones, etc.), y la adecuación de las normas inferiores a través del control de constitucionalidad, plantea que este instrumento sea el elemento esencial en la garantía de los derechos de las personas en el Estado constitucional.

2.2. La garantía de los derechos en el Estado constitucional: la lucha de las reglas y los principios

Como se ha argumentado, la base central del Estado constitucional es la Constitución, pero no una Constitución meramente considerada como una norma superior, sino susceptible de lograr cambios tan profundos que produzcan transformaciones tan fuertes y expansivas que llega a la concepción del derecho propiamente dicho. Al igual que en el Estado de Derecho la garantía era la ley, en el Estado constitucional la garantía de los derechos se produce a causa de la propia Constitución, la cual en este sistema deja de lado la división formal y material que ha tenido históricamente, ya que como

²¹⁰ *Ibíd.*, 225.

²¹¹ *Ibíd.*, 225.

indicamos el concepto de constitución no es un concepto que ha aparecido recientemente, sino que ha sido construido a través de la historia, “El paradigma del Estado constitucional de derecho — no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material»”.²¹² Es por eso que la garantía de los derechos comprende específicamente la Constitución.

Ahora bien, una de las grandes “grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por si mismas con independencia a la ley”;²¹³ es por ello que resulta importante proponer un análisis entre las reglas y los principios.

Tanto las reglas como los principios son parte del Derecho actual y –por qué no decirlo– parte de las actuales constituciones. Pero “cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.²¹⁴ En el Estado constitucional tanto las reglas como los principios son parte de la garantía de los derechos. Entonces, “Si a la Constitución va a fijar los límites jurídicos al ejercicio del poder, garantizar los derechos y libertades y finalmente estructurar el Estado configurando sus instituciones políticas, la doctrina de la supremacía de la Constitución es, en primer lugar, la condición de sus funciones de limitación y de legitimación del poder”.²¹⁵ Es en ese contexto entonces que la garantía

²¹² Luigi Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7.a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, (Madrid: Trotta, 2010), 22.

²¹³ Gustavo Zagrebelsky, “La separación de los derechos respecto de la ley”, en *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2016), 47

²¹⁴ *Ibid.*, 110

²¹⁵ Antonio Colomer, “Algunas consideraciones sobre el constitucionalismo, la Constitución y el derecho constitucional”, en *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, 2.a. ed., (Valencia: Nomos, 2003), 28.

del respeto de los derechos reconocidos en la Constitución, está dado por la propia Constitución, lo que muestra necesario analizar el proceso de garantías constitucionales.

3. Del Estado derecho (legislativo y constitucional) al sistema de garantías de Ferrajoli.

Para muchos autores uno de las mayores aportaciones que ha hecho a la ciencia jurídica Luigi Ferrajoli ha sido su formulación del principio de garantías. En esta parte de nuestro estudio no se pretende realizar un análisis filosófico a la idea ferrajoliana,²¹⁶ sino que se propone una investigación de este principio en el constitucionalismo, con la finalidad de citar varios argumentos con los cuales el autor italiano expone algunas circunstancias actuales de la teoría constitucional.

3.1. Una aproximación al Estado desde la perspectiva de Ferrajoli.

Es importante iniciar este análisis indicando que Ferrajoli identifica al Estado de Derecho desde dos perspectivas: en un primer sentido débil o formal “Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legales establecidos.”²¹⁷ Este sentido es el que hasta el momento se ha desarrollado como Estado de Derecho propiamente dicho en los ítems anteriores. Mas en un sentido fuerte o sustancial, “Estado de Derecho designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”.²¹⁸ Estos dos sentidos que luego serán identificados como “Estado legislativo de Derecho” y “Estado

²¹⁶ El escritor Rodolfo Moreno Cruz, en una publicación llamada “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales”, titula a la propuesta de Luigi Ferrajoli como “ferrojoliana”. La publicación se encuentra en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado volumen XL, No 120, (septiembre-diciembre, 2007): 825-852.

²¹⁷ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, No 17, (2001): 31-45, 31, <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17038>>.

²¹⁸ *Ibid.*, 31.

constitucional de Derecho” se agrupan en tres modelos jurídicos que son: 1. El Modelo Jurisprudencial, 2. El Modelo Legislativo y 3. El Modelo Constitucional.

En si, los tres modelos son identificables en diferentes teorías y momentos de la historia del Estado, lo que se tratará de afirmar con la vinculación de estos a los conceptos de Estado anteriormente desarrollados. El modelo jurisprudencial, que se identifica por la aplicación del Derecho a través de las prácticas jurisprudenciales y doctrinales, no tenía “un monopolio incontestado de la producción normativa ejercida por fuentes predeterminadas” ²¹⁹ y por eso Kelsen lo ha llamado “nomoestático”.

El segundo modelo, “legislativo” o paleo-positivista, tiene como fundamento el principio de legalidad, en donde las normas no son deducidas sino producidas. Kelsen lo ha identificado como “nomodinámico”, lo que presupone que la validez de las normas la afirma su forma de producción y no sus contenidos; este proceso en el cual se vincula el principio legalidad formal por la producción de las norma da como resultado la separación del Derecho y la moral, así como la separación de la validez y la justicia, términos que en el primer modelo se encontraban unidos a causa de la falta de creación de normas en los Estados.

El tercer modelo, “constitucional” o neo-positivista, ²²⁰ es aquel en el que la norma “continúa dependiendo de su forma de producción, cuya norma de reconocimiento

²¹⁹ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014), 18.

²²⁰ Para comprender mejor el positivismo en los modelos de Ferrajoli, se debe considerar que estos son desarrollados desde la perspectiva de la vinculación de la política como fuente del derecho; esta vinculación se cumple en la misma distribución que se aplicó con los modelos en tres momentos del positivismo: el primer positivismo que tiene relación con el nacimiento mismo de la política moderna como fuente primaria del derecho, ya que el estado tenía el monopolio de la producción legislativa, es así que Ferrajoli indica en su libro “la democracia a través de los derechos” que: “El derecho se convierte así en el un producto de la política y su principal instrumento el gobierno”; el segundo positivismo, en el cual se positiviza el deber ser de la producción legislativa y como afirma Ferrajoli “la relación entre política y derecho se complica: el derecho sigue siendo un producto y un instrumento de la política, pero la política se subordina al derecho, y, más precisamente, a la esfera de lo no decidible estipulada en las constituciones.”, en este positivismo en el que se encasilla el Estado legislativo de derecho, en donde no existía constituciones rígidas y más bien flexibles; y el tercer positivismo que se desarrolla el Estado constitucional de derecho a través del constitucionalismo rígido y democrático. Para mayor referencia leer el libro: “La democracia a través de los derechos”, primera parte “El modelo teórico”, I. “La

sigue siendo el viejo principio de legalidad formal, [pero] su validez depende también de su sustancia o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el principio de legalidad sustancial que vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos”.²²¹ Si bien en el segundo modelo (legislativo) únicamente se tomaba en consideración el principio de legalidad formal por su modo de producción, en este modelo (el constitucional) las normas deben cumplir con el riguroso principio de legalidad formal (en una primera parte) y con el principio de legalidad sustancial para mantener una coherencia con los principios y derechos legalmente establecidos. Ahora en conclusión, “Si en el primer modelo la validez de las normas estaba ligada de forma inmediata a su sustancia y en el segundo era determinada únicamente por su forma jurídica, en el tercero forma y sustancia, como condiciones de validez de las normas producidas, se encuentran ambas vinculadas, una a la conformidad y la otra a la coherencia o compatibilidad con las normas constitucionales”,²²² dando de esta forma el espacio necesario para el desarrollo de las constituciones rígidas y al modelo constitucional de derecho o neo-iuspositivista,²²³ difundido en Europa después de la II Guerra Mundial y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Además, en este modelo existe una “subordinación de la legislación misma al Derecho, y por eso el pleno desarrollo del Estado de Derecho como estado constitucional de Derecho”.²²⁴ Por esta razón, Ferrajoli afirma que el Estado constitucional de Derecho es el resultado mas efectivo al Estado de Derecho.

Con estos antecedentes, se puede identificar que en el Estado constitucional de Derecho se produciría una discusión, a la cual Ferrajoli la llama “La diferencia entre validez y

democracia constitucional”. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014).

²²¹ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014), 19.

²²² *Ibíd.*, 21.

²²³ Luigi Ferrajoli, en su artículo llamado “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, propone una modelo de estado previo al ius-positivismo (estado constitucional de derecho), este modelo es el paleo-iuspositivista o estado legislativo de derecho (estado legal), en el cual el estado tenía el monopolio de la producción jurídica, lo que representaba el principio de legalidad. Es necesario comprender que para Ferrajoli el Estado de Derecho nace con el estado legislativo de derecho.

²²⁴ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014), 19.

vigencia”. Esta tesis se desarrolla con dos aproximaciones que se construyen a través del conflicto que se origina entre las normas de nivel superior e inferior y que dan como resultado las antinomias o las lagunas (según sea el caso).²²⁵ Si bien Ferrajoli puede tener una respuesta a esta controversia a través de la interpretación, ésta –como él mismo indica– tiene “límites insuperables que normalmente no permiten al jurista hacer cuadrar todas sus tesis (las referidas a las leyes ordinarias y a las referidas a las normas constitucionales) sino al precio de desconocer los principios de rango superior, como tienden a hacer las orientaciones realistas o por el contrario, de desconocer sus violaciones en el nivel inferior, como tienden a hacer las posturas normativistas”.²²⁶ La respuesta a este interrogante no es encontrar un “deber ser” con posturas normativista que frecuentemente lo han desarrollado los juristas, ni tampoco el encontrar un “ser” desarrollado en posturas realistas que ha sido acogido más frecuentemente por los sociólogos, pues como dice Ferrajoli “solo con la integración de ambas aproximaciones es posible superar las visiones unilaterales. [...] Y que se reconozca, por tanto, en cualquier fenómeno normativo, la doble naturaleza de “norma” vigente, si se mira desde abajo, esto es, respecto de los fenómenos que regula, y de “acto” normativo válido o inválido, si se mira desde arriba, como un fenómeno a su vez regulado y por tanto conforme o no (en cuanto a la forma) y coherente o incoherente (en cuanto a los significados expresos) respecto de las normas de rango superior”.²²⁷ Sin duda esta constatación –según Ferrajoli– es la más interesante en el paradigma constitucional asignada a la ciencia jurídica.

²²⁵ Luigi Ferrajoli, como propuso en su ponencia presentada los días 23 y 24 de febrero del 2006, en Madrid; y recopilado en el Libro *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, conceptualiza a las antinomias como aquellos momentos en los que una norma superior permita diversos actos y estos estén prohibidos por normas inferiores como por ejemplo “que en un ordenamiento todas las manifestaciones de pensamiento estén permitidas por una norma constitucional y que, al mismo tiempo, algunas estén prohibidas como delitos de opinión por el código penal” o lagunas en el caso en el que una norma constitucional proponga la justiciabilidad de los derechos como a la salud, pero que no exista una norma que le otorgue una justiciabilidad procesal.

²²⁶ Luigi Ferrajoli, José Moreso y Manuel Atienza, “La semántica de la teoría del derecho (II). Dos niveles normativos en el paradigma constitucional. La diferencia entre validez y vigencia”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008), 42.

²²⁷ *Ibid.* 44.

La dimensión sustancial que se incluye en el Estado constitucional de Derecho, y que se ha construido como un paradigma en las tesis ferrajolianas, ha cambiado totalmente la estructura del Derecho. “No solo se ha tratado de la subordinación al Derecho del poder legislativo mismo, sino también de la subordinación de la política a principios y derechos estipulados en las constituciones como razón de ser del artificio jurídico en su totalidad.”²²⁸ Este sin duda alguna, ha sido el inicio en el cual Ferrajoli ha desarrollado su tesis de garantismo constitucional.

Ahora bien: la rigidez que tiene la Constitución en el Estado constitucional de Derecho en algunos casos podría ser entendida como una garantía de los derechos, pero en realidad como propone Ferrajoli, no es así; sino más bien, es una posición en el cual se coloca a la constitución en la cúspide del sistema normativo.²²⁹

3.2. Las garantías y la Constitución: sistema de garantías de Ferrajoli

Es primordial reconocer la rigidez característica del Estado constitucional de Derecho, porque de allí parte Ferrajoli para desarrollar dos tesis que se sustentan en la relación que existe entre democracia y garantías.²³⁰ Así, el autor italiano afirma:

²²⁸ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo garantista”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014), 56.

²²⁹ Luigi Ferrajoli atribuye la rigidez al rango superior de la norma, es decir en el Estado constitucional de derechos, la rigidez es atribuida a la cúspide de la jerarquía; y si una Constitución no es rígida, sería considerada una ley ordinaria. Además existen varios tipos de normas constitucionales como es el caso de aquellas en las cuales se establecen expectativas universales redactadas como derechos fundamentales, en cuyo momento la rigidez les confiere una doble condición como “expectativas negativas de su no derogación o vulneración y, al mismo tiempo, como expectativas positivas de su desarrollo”

²³⁰ Para Luigi Ferrajoli, la relación que tiene la democracia con las garantías no está únicamente vinculada de manera directa, sino que en muchos de los casos se contraponen como es el caso de las teorías a través del análisis de la relación de la democracia política y derechos fundamentales; como respuesta, Ferrajoli cita dos teorías, una propuesta por *Constant*, el cual defiende la no modificación de algunos principios que el “poder constituyente” los ha establecido como fundamentales (tesis garantista), esto se justifica en la condición de que no existe ningún poder constituido superior al poder constituyente; y la otra tesis propuesta por Sièyes, quien propone la modificación en cualquier momento, los principio constitucional (tesis democrática), que se afirma con la justificación de que en un excesivo sistema rígido constitucional, se limita los poderes constituyentes de las generaciones futuras y en si la democracia misma.

La tesis que intento sostener es que la rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos clases de garantías constitucionales, conectadas entre sí como las caras de una misma medalla y correspondientes a la doble naturaleza, de aspecto negativo y de aspecto positivo, que —como se ha dicho— revisten, en particular, los derechos fundamentales con ellas establecidos: por un lado, las garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas.²³¹

Ahora bien, estas garantías pueden tener a su vez otra división como se expondrá a continuación.

Como se había indicado las garantías negativas, son aquellas que tiene como función la prohibición de derogar las normas constitucionales, es así que estas pueden primarias o secundarias; las garantías negativas primarias, son aquellas que prohíben que se creen normas que violentan o que prohíben la derogación de normas constitucionales, también pueden ser considerados aquellos sistemas que proponen procedimientos agravados antes de la derogación de normas constitucionales, entonces estas pueden ser con una rigidez absoluta en las cuales se estipula una prohibición explícita como es el caso de las Constituciones Francia 1971, Alemana 1949 y Portugal 1976; también las Constituciones pueden tener una rigidez relativa, es decir en la cual se establezcan sistemas más agravados para la revisión, si este es el caso pueden ser con límites implícitos cuando están expresamente dictados por la Constitución o con límites explícitos cuando son reconocidos por la doctrina o jurisprudencia, Ferrajoli en este caso propone el ejemplo del art. 2 Italiano en el cual se reconoce los derechos del hombre, pero no se encuentra implícitamente su garantía.

Las garantías negativas secundarias, que son las que implican las normas que estén en contra de la Constitución, se refieren al control de convencionalidad, este control de convencionalidad puede ser difuso como es el caso de Estados Unidos, en el cual se concreta la no aplicación de caso identificado pero no se concreta una anulación de la norma que en ese momento sería inconstitucional. El otro control de convencionalidad es el concentrado, que lo tienen países como Italia y que se sustenta en el modelo de Kelsen de 1920, el cual tiene como resultado la anulación de la norma inconstitucional;

²³¹ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, (Alicante, 2006): 15-31, 25.

Ferrajoli a este le da dos límites, el primero es que solo revisa las fuentes primarias, es decir las leyes y no considera los actos que se desprenden de estas (actos normativos), y el segundo es que la persona lesionada, no puede elevarlo a una siguiente instancia sino incidentalmente el juez cuando lo considera relevante en los casos de su juzgamiento.

Ahora, las garantías también pueden ser positivas,²³² estas refieren a la obligación que tiene el legislador de establecer las garantías dentro del ordenamiento jurídico, es decir “la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias”; estas han tenido una especial crítica y Ferrajoli ha indicado que:

Me refiero a las críticas repetidamente dirigidas por Ricardo Guastini, por Danilo Zolo y por Pablo de Lora a mi tesis según la cual, en ausencia de garantías, es decir, de obligaciones de deberes correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no habría, como yo sostengo, una laguna, sino la inexistencia de los derechos establecidos. Habría finalmente, a despecho de su estipulación constitucional, la inexistencia no sólo de las garantías, sino también de los derechos en sí mismos²³³

En este contexto, Ferrajoli reconoce la importancia de las garantías en los derechos fundamentales y como estas deben ser establecidas ya que como el indica, de lo contrario serían “derechos de papel”, pero no niega la existencia de los derechos que no tienen una garantía como es el caso de Guastini, Zolo y De Lora; mas bien propone la obligación del legislador para establecer un sistema de garantías para fortalecer los derechos fundamentales, por eso que Ferrajoli concluye indicando que “Existe, en efecto, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes —es decir, de colmar las lagunas—, aquella realiza y satisface, como garantía constitucional positiva,

²³² Como ha sintetizado Luigi Ferrajoli en el libro *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, en el capítulo referente a “La rigidez de la Constitución y las garantías constitucionales”, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008), 97; en las garantías primarias se toma en consideración la suma de las positivas y negativas, mientras que las secundarias se establecen para “designar las garantías de justiciabilidad, que intervienen en caso de vulneración de las expectativas normativas y de sus garantías primarias.”.

²³³ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Alicante, 2006): 15-31, 28, <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn58h2>>.

la tesis teórica del nexo de implicación entre derecho y garantía.”,²³⁴ es en lo que se debe centrar el sistema de garantías en un Estado constitucional de derecho.

Los sistemas universales y regionales, tienen un singular problema según Ferrajoli, ya que estos no tienen sistemas para garantizar;²³⁵ además en relación al paradigma constitucional, este indica que: “el futuro del Estado de Derecho y de la democracia, como alternativa a la quiebra de ambos también en el interior de los estados nacionales, depende hoy de la progresiva expansión del paradigma constitucional²³⁶ a los ordenamientos supranacionales, a la altura de los nuevos poderes extra o supraestatales”,²³⁷ este último análisis que para Ferrajoli puede ser un problema, será analizado desde otro enfoque en el “Estado constitucional de derechos y justicia”.

4. Del neoconstitucionalismo europeo al nuevo constitucionalismo latinoamericano

El proceso histórico que ha tenido el constitucionalismo, se ha sedimentado en los diferentes procesos históricos que han ido dando evolución a las relaciones entre los elementos que conforman el Estado; es en este punto que luego de haber realizado un

²³⁴ *Ibid.*,31.

²³⁵ Como bien lo explica Luigi Ferrajoli en el artículo “Las garantías de los derechos fundamentales”, de la revista *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Alicante: 2006), 31, “La ausencia de garantías es prácticamente total en el Derecho internacional. Con la sola excepción de las instituciones de la Corte penal internacional para los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional es casi del todo carente de instituciones de garantía: tanto que se puede identificar la globalización, en el plano jurídico, como un vacío casi total de una esfera pública, esto es, de garantías a la altura de los múltiples derechos fundamentales solemnemente proclamados en las numerosas declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos.”

²³⁶ Luigi Ferrajoli identifica que el paradigma constitucional, puede construir desde dos perspectivas: una línea positivista del estado legislativo o una línea de superación de ese positivismo jurídico, en un sentido iusnaturalista; pero existe una línea especial que agrupa a las dos propuestas, esta es el “neoconstitucionalismo”. Este término fue introducido según Ferrajoli desde algunos filósofos genoveses como son: S. Pazzolo, Giappichelli, P. Comanducci.

²³⁷ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Trotta, 2014), 22.

análisis al Estado de derecho y al Estado constitucional, la propuesta de análisis es el estudio de un nuevo sistema constitucional que en esta primera parte será definido como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

El planteamiento de un nuevo sistema, que sea la construcción del sistema constitucional hasta ahora desarrollado, propone el reconocimiento de algunos procesos que han sido parte del Estado, sin necesidad de que sea únicamente la identificación de un sentido material y formal de la Constitución. La evolución que se plantea, es reconocer el avance del Estado Social y Democrático de Derecho hacia un nuevo sistema de Estado un Estado (neo) constitucional; este sistema que es parte del Estado constitucional, “ha contemplado su trazado en la teoría democrática de la Constitución: la Constitución entendida como fruto del poder constituyente, legitimada democráticamente, plenamente normativa y cuyo objetivo es materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso del poder (constituyente). Desde este punto de vista, se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido)”;²³⁸ esta nueva teoría democrática de la Constitución, en la cual se expresa la voluntad de los pueblos ha tenido su impacto significativamente en América Latina a partir del siglo XX.

4.1. *El neoconstitucionalismo, un nuevo constitucionalismo europeo*

El término “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avanzado” o “constitucionalismo de derechos” (como lo reconoce Santiago Sastre), hace referencia a un nuevo sistema de Estado constitucional que se ha implantado en países como Italia, Alemania y España, y viene definido por las características que tienen sus constituciones –todas ellas aparecidas en la segunda posguerra mundial– como modo de superación del constitucionalismo decimonónico o constitucionalismo antiguo. Estas nuevas Constituciones “se definen por la conjunción de dos rasgos: el de ser una norma que limita al legislador y el de ser una norma directiva fundamental”.²³⁹ El

²³⁸ Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 16.

²³⁹ Santiago Sastre, “La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonell Edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, (Madrid: Trotta, 2003), 239.

neoconstitucionalismo, en este contexto “pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al *Estado de Derecho* en el *Estado constitucional de Derecho*”,²⁴⁰ a través de la constitucionalización. Este proceso, tiene como objetivo defender el principio determinante de la Constitución y rescatar su concepto.²⁴¹

En una completa y compleja reflexión sobre este concepto, la contenida en el volumen colectivo titulado “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, se recogen algunos conceptos de varios tratadistas sobre el significado del término “neoconstitucionalismo”. Entre ellos, el mexicano Miguel Carbonell expone que “el neoconstitucionalismo ha pretendido explicar un conjunto de textos constitucionales que comenzaron a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, pero sobre todo, el principal cambio se originó en la década de los años setenta del siglo XX, cuando se redactaron cartas constitucionales que no se limitaron a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas”,²⁴²

Por su parte, Susanna Pozzolo, al igual que los otros autores citados, expresa que con el neoconstitucionalismo, el Derecho constitucional supera las barreras del positivismo jurídico, de modo que “Constitución no solo es norma de grado jerárquico más elevada, sino que constituye la norma axiológica suprema.”²⁴³ Por su parte Paolo Comanducci

²⁴⁰ Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 19.

²⁴¹ Roberto Viciano, Rubén Martínez, en el capítulo “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, del texto *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 19; expresan que: “Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo —en particular a partir de los principios— aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y la aplicación de la ley”.

²⁴² Armando Lugo, Rafael Jiménez y Rubén Martínez, “La transformación que hicieron posible que el Estado social democrático de derecho fuese considerado como una necesidad en América Latina”, en *El nuevo constitucionalismo latinoamericano un aporte para el mundo*, (Bogotá, UD: 2017), 44

²⁴³ *Ibíd.*, 44

expone que el neoconstitucionalismo es nueva tendencia que aparecería con varios integrantes de la Escuela Genovesa, “Tendencia que, para el autor en referencia, se ha caracterizado por una Constitución invasora, positivando un catálogo de derechos fundamentales, en la que ya no solo se enuncian reglas, sino que se establecen principios y se da espacio a la interpretación.”²⁴⁴ Por último, Eduardo Aldunate, indica que en el neoconstitucionalismo, los Estados deben tener Constituciones con “una alta densidad normativa, dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de organización política, social y económica”.²⁴⁵

Entonces, si en el Estado constitucional la Constitución tenía un interés superior de construirse de manera formal y sustancial, en el neoconstitucionalismo la Constitución se perfecciona, ya que acoge algunos principios, y además supera el límite de norma positiva y se consolida como un axioma normativo superior en el que se recoge reglas pero a la vez principios que garantizan los derechos fundamentales que en este proceso han sido positivados y tienen un impacto político, social y económico. De esta forma nos aleja del positivismo y se construye un nuevo sistema (con el que se convierte un Estado de Derecho, en un Estado constitucional de Derecho) que se muestra más atento que sus predecesores a la hora de dar respuesta a los cambios sociales a través de la justicia social.

4.2. *El constitucionalismo latinoamericano: una respuesta con nuevos paradigmas*

Se puede utilizar varios modelos para realizar un análisis de lo que ha sido el constitucionalismo en América Latina. Este proceso ha recogido varios elementos de lo que ha sido el Estado de Derecho, el Estado liberal y el Estado constitucional. Carlos Manuel Virrareal, propone una división histórica, en la cual argumenta que han existido cinco periodos constitucionales. A saber:

²⁴⁴ *Ibíd.*, 44

²⁴⁴ *Ibíd.*, 44

²⁴⁵ *Ibíd.*, 44

²⁴⁵ *Ibíd.*, 44

- 1.– Periodo en el que se recogen las *constituciones de la primera mitad del siglo XX* (México 1917 y Costa Rica 1949);
- 2.– Periodo en el que se recogen las *constituciones de los años setenta* (Uruguay 1966, Panamá 1972 y Cuba 1976);
- 3.– Periodo en el que se recogen las *constituciones que fueron redactadas por los gobiernos militares* (Chile 1980, Honduras 1982, El Salvador 1983 y Guatemala 1985);
- 4.– Periodo en el que se recogen las *constituciones de la post dictadura* (Nicaragua 1987, Brasil 1988, Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú 1993 y Argentina 1994; y,
- 5.– *Las constituciones del siglo XXI* (Venezuela 1999, Republica Dominicana 2002, Ecuador 2002 y Bolivia 2009).²⁴⁶

Las del primer grupo (Constituciones del siglo XX), fueron la respuesta a los procesos del constitucionalismo liberal, “que se concretan en organizar el poder y desarrollar el estatus ciudadano.”²⁴⁷ De éstas resalta la Constitución de México (1917) ya que es la primera Constitución que reconoce los derechos sociales. Las del segundo grupo (las de los años setenta), recogen algunos postulados del constitucionalismo europeo de la posguerra. El tercer grupo (las que fueron redactadas por los gobiernos militares), fueron en su mayoría “escritas por Asambleas Constituyentes convocadas y monitoreadas por las dictaduras, en las que tuvieron hegemonía las fuerzas de derecha”, y tuvieron tal vez como única virtud la de brindar un paso desde las dictaduras a una transición democrática.²⁴⁸ Las del cuarto grupo (las de la post dictadura), son las que

²⁴⁶ Roberto Gargarella, en su publicación “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” 1, publicado en la *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, No. 1 (2018): 1-19, 2; expresa que: “La evolución del constitucionalismo regional podría ser dividida en cuatro etapas, dirigidas: i) el constitucionalismo “experimental”, particularmente preocupado por la consolidación de la independencia (1810-1850); ii) el “fundacional”, interesado, sobre todo, en la consolidación económica (1850-1917); iii) el “social”, orientado a recuperar la olvidada “cuestión social” (1917-1980) y; iv) el de los derechos humanos, dirigido a sanear la crisis de derechos humanos propia de la década del 1970 (1980-2000).”

²⁴⁷ Carlos Villabella, “El Derecho Constitucional en América Latina”, en *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un Nuevo Paradigma?*, (Ciudad de México: Grupo Editorial Mariel, 2014), 63.

²⁴⁸ *Ibíd.*, 65.

proponen un nuevo constitucionalismo y “se distinguieron por la introducción significativa de principios e instituciones en la orgánica y la dogmática que proporcionaron una faz renovada al constitucionalismo de la región”.²⁴⁹ Finalmente, las del último grupo (las del siglo XXI) merecen un especial análisis ya que son resultado de la reacción a dos importantes amenazas del pasado: por un lado estas Constituciones fueron parte de la evolución de las dictaduras militares que causaron miles de asesinatos, violaciones a los derechos humanos, etc.; y segundo, trataron de combatir el incremento de la pobreza y desigualdad en la región.²⁵⁰

Como bien citan Roberto Viciano y Rubén Martínez, esta última crisis (la generada por la creciente desigualdad en la región), sería el detonante y una de las cuestiones que tendría que contestar el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La cuestión tuvo particular incidencia sobre el sistema de legitimación constitucional, el cual se iniciaba a través del poder constituyente y legitimado por el pueblo. Es por ello que, si bien el neoconstitucionalismo es una propuesta doctrinaria producto de “años de teorización académica”, en cambio “el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados.”²⁵¹

La mayoría de procesos anteriores al nuevo constitucionalismo latinoamericano, fueron sistemas desarrollados por las elites políticas del momento, y a espaldas de la voluntad popular, de sus ciudadanos. En reacción frente a ello, la Constitución de Brasil de 1988 sería la que presentaría algunos rasgos identificativos del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, pero la que de manera efectiva iniciaría este proceso, sería la Constitución colombiana de 1991.²⁵²

²⁴⁹ *Ibíd.*, 66.

²⁵⁰ Para mayor referencia, Carlos Villabella, “El Derecho Constitucional en América Latina”, en *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un Nuevo Paradigma?*, (Ciudad de México: Grupo Editorial Marel, 2014).

²⁵¹ Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 19.

²⁵² Roberto Gargarella, en su publicación “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” 1, publicado en la *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, No. 1 (2018): 1-19, 2; expone que “A parir de la

4.2.1. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: los procesos de Colombia, Venezuela y Bolivia*

Como indica Roberto Gargarella, el término “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, se empieza a abrir paso a partir de la Constitución colombiana del 1991; y en la actualidad acoge a las constituciones venezolana del 1999, ecuatoriana del 2008 y boliviana del 2009. Aunque otros autores, como es el caso de Carlos Villabella, al hacer la división de los procesos constitucionales latinoamericanos mencionan que la última etapa del constitucionalismo latinoamericano (la actual) se inició con la Constitución venezolana del 1999; para el presente análisis se tomará en consideración el criterio de Gargarella ya que como se expondrá existen algunos elementos comunes en estas últimas constituciones que se hallan ya presentes en la Constitución colombiana de 1991. En este contexto,

el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene una idea temporal. Es decir, no puedo considerar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano está integrado por los textos constitucionales que se han producido en la región a partir de la Constitución colombiana de 1991. Pues solo aquellos textos que tuvieron un origen genuinamente democrático y unos rasgos a los que más adelante haremos referencia pueden entenderse como integrantes del nuevo paradigma constitucional.²⁵³

Es por ellos que se ha identificado exclusivamente a las cuatro constituciones mencionadas (la colombiana, la venezolana, la ecuatoriana y la boliviana) para el presente desarrollo.²⁵⁴

aprobación de las Constituciones de Colombia (1991); Venezuela (1999); Ecuador (2008) y Bolivia (2009), se suele hablar de la existencia de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

²⁵³ Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 33.

²⁵⁴ Es por eso que como lo expresa Roberto Viciano, Rubén Martínez, en el capítulo “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, del texto *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 33, expresan que no se puede tomar en

La Constitución colombiana de 1991 es el resultado de las negociaciones que se produjeron en ese país todavía entre los –llamados– partidos tradicionales; un proceso que dio como resultado el llamado *Acuerdo de la casa de Nariño*, el cual tenía como objeto instaurar nuevas reformas constitucionales. El *Acuerdo de la casa de Nariño* fue suscrito por el entonces Presidente colombiano Virgilio Barco y Misael Pastrana (representante del ahora Partido Social Conservador) para alcanzar las reformas, ya que el presidente estaba imposibilitado de llamar a un plebiscito. El hecho de que el Acuerdo de la casa de Nariño había sido firmado por fuera del Estado, ya que lo suscribía el presidente con una persona particular, dio paso a la inconstitucionalidad del acuerdo. El presidente Barco propuso entonces una serie de reformas al Congreso, las cuales tendrían un estancamiento por un tema específico de divergencia “las extradiciones”, lo que produjo que el proyecto fuera retirado. La acumulación de factores, tales como las divergencias entre los partidos conservadores, la situación del narcotráfico en el Estado y el crecimiento del poder de los movimientos guerrilleros, condujo a la creación del movimiento llamado “Séptima papeleta”; un grupo conformado por estudiantes quienes apoyaban la propuesta de un plebiscito para la conformación de una Asamblea Constituyente. El 11 de marzo de 1990, el movimiento había logrado que se incluyera una séptima papeleta a las elecciones seccionales, de manera que el 9 de diciembre de 1990 se desarrollaron las elecciones en las cuales aparecieron nuevos actores de movimientos como Alianza Democrática M19, Movimiento de Salvación Nacional, Partido liberal y algunos independientes, con lo que sería el inicio del proceso de transición hacia un nuevo modelo político en Colombia.²⁵⁵

Como se ha indicado, una de las características especiales que tiene el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es el proceso democrático que antecede a la promulgación de las Constituciones. En el caso colombiano, en cambio, varios autores han indicado que el proceso previo a la aprobación de la Carta Constitucionales no cumple totalmente con lo que desde esta perspectiva sería exigible en un proceso auténticamente democrático. Y ello por dos cuestiones específicas:

consideración otros procesos en la región, que si bien, pudieran estar desarrollados a partir de 1991, no han cumplido con los requisitos planteados para el análisis, como es el caso de la Constitución peruana de 1993 y la propia ecuatoriana de 1998; esta última antes de la actual Constitución del 2008.

²⁵⁵ Mayor referencia, puede encontrarse en el texto *El nuevo constitucionalismo latinoamericano un aporte para el mundo*, “Capítulo II, Constitución, minería y derechos fundamentales en Colombia”, escrito por Armando Lugo, Rafael Jiménez y Rubén Martínez.

- 1.– El acuerdo que dio inicio al proceso no fue constituyente, sino constituido a través de la firma de un acuerdo conocido como el *acuerdo de la casa de Nariño*; y,
- 2.– Una vez redactada la nueva Constitución, esta no tuvo una aprobación democrática a través de un referéndum.

Con todo, esto tampoco quiere decir que la Constitución colombiana no proyectara cambios de relevancia, tales como el reconociendo de un “Estado social de derecho”,²⁵⁶ por lo que se puede considerar que sí marca un hito histórico en los nuevos sistemas constitucionales de la región.

El caso venezolano se desarrolló de manera más expeditiva. A finales de los cincuenta se había instaurado en el país caribeño un sistema político “cuya esencia era el concierto entre las fuerzas principales (Acción Democrática, Comité de Organización Política Electoral Independiente y Unión Republicana Democrática). Ello implicaba que se respetaran los resultados electorales, no se produjera una polarización ideológica seria y se repartieran puestos entre los partidos perdedores.”²⁵⁷ Este régimen subsistió hasta 1989, año en el cual se produciría la revuelta conocida como el *Caracazo*, al que se le sumarian dos intentos de golpe de Estado en 1992, y la salida del presidente Carlos Andrés Pérez en 1993. Con todos estos precedentes, en 1998 un proceso electoral llevó al triunfo de la candidatura del Comandante Hugo Chávez Frías, que tenía como bandera la convocatoria de una Asamblea Constituyente para la renovación total del sistema político venezolano. Luego de que Chávez entrara al poder, el 25 de abril de 1999 el pueblo venezolano respondió afirmativamente a la propuesta de inicio de un proceso constituyente; en julio del mismo año, se eligieron a los 131 delegados que iniciaron su trabajo el 3 de agosto y el 15 de diciembre con un 70% de votos favorables se aprobaría la nueva Constitución, actualmene el vigor.

Luego de este proceso, en el 2008, le tocaría el turno a Ecuador, proceso que será analizado a profundidad más adelante.

²⁵⁶ Vid. Piedad Román Ospina, “Acerca de las garantías de los derechos fundamentales en la Constitución colombiana de 1991”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 8 (1994), pp. 31-53

²⁵⁷ Carlos Villabella, “El Derecho Constitucional en América Latina”, en *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un Nuevo Paradigma?*, (Ciudad de México: Grupo Editorial Mariel, 2014), 77.

La última Constitución que se encuentra encuadrada dentro del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es la de Bolivia del 2009. Las diferentes manifestaciones que se cobcretaron en las conocidas como Guerra del Agua, Guerra del Gas y otras, fueron el detonante de una grave crisis de gobernabilidad que se extendió durante los años 2000 y 2003, y que condujo a que en año 2003 renunciara y hubiera de huir del país el presidente Gonzalo Sánchez de Lozada. Luego de esto, en el 2005 también renunciaría su sucesor Carlos Mesa Gisbert, quien asumió el cargo luego de ser vicepresidente. En el proceso electoral subsiguiente el triunfador fue el líder cocalero y candidato del Movimiento al Socialismo Evo Morales Ayma. Ya en la Presidencia del país, y través de una “Ley Congreso”, Morales llamó a elecciones para la conformación de una Asamblea Constituyente. Si bien, el proceso no se inicio a través de un referéndum de consulta a la ciudadanía, el 2 de julio del 2006 estarían elegidos los 255 delegados que iniciaron su trabajo el 6 de agosto. A la postre, el alto número de asambleístas ocasionaría que no exista consensos en el pleno, dos acciones fueron las que tuvieron mayor espacio de conflicto “Primero, las acciones segregacionistas y autonomistas desatadas por los departamentos de la “Media Luna” (Santa Cruz, Tarija, Beni y Pando), con enfrentamientos sociales y actos de desobediencia civil de las autoridades de estas regiones, lo que amenazó la estabilidad del país. El segundo la crisis, que provocó en el seno de la Asamblea Constituyente la reclamación de capitalidad plena de Sucre”;²⁵⁸ luego de todo esto el 25 de enero de 2009, con un 61,43% se aprobó la Constitución. Se debe aclarar que “el texto aprobado por el congreso y sometido a consulta popular no fue el redactado por la constituyente, sino uno reformado por el legislativo en el que se modificaron cuestiones de forma y otras de fondo, las que en su mayor parte significaban retrocesos”²⁵⁹ respecto del texto originariamente diseñado por la constituyente.

4.2.2. Elementos materiales y formales, comunes al nuevos constitucionalismo latinoamericano

El análisis del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* ha insistido en subrayar varios elementos comunes a los casos de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia; varios de

²⁵⁸ *Ibíd.*, 82.

²⁵⁹ *Ibíd.*, 82.

los cuales se han concentrado en el momento previo a la adopción de las diferentes Constituciones en los Estados.²⁶⁰ De entre ellos dos merecen ser subrayados: la legitimidad y la necesidad.

La *legitimidad* tiene relación con la democracia, es por ello que el análisis en los casos en mención ha propuesto la investigación del sistema utilizado para realizar el proceso constituyente. Ese estudio muestra la aparición de tres momentos clave en el proceso de creación constitucional: 1. Consulta sobre la creación de una nueva Constitución, 2. Selección de las personas que conformarán la Asamblea Constituyente y 3. Referéndum de aprobación de la nueva Constitución. Como se observará más adelante uno de los procesos más democráticos fue el de Ecuador, ya que el 15 de abril de 2007 a través de una consulta popular decidieron crear una Asamblea Constituyente para la redacción de una nueva Constitución, el 30 de septiembre de 2007 la ciudadanía escogió a las personas que la conformarían y el 28 de septiembre de 2008 a través de un referéndum se aprobó la actual Constitución.

La *necesidad* en cambio, refiere a los procesos previos que exigieron la creación de una nueva Constitución. América Latina en los años setenta y ochenta pasó por una fase de dictaduras militares intermitentes, tras las cuales los procesos de transición a la democracia confabularon para que las elites retomen el poder. Sumado a esto, tendríamos la lucha de varios movimientos sociales que buscaban la reivindicación que fue –como se ha expuesto– uno de los detonantes para llegar al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Además de estas, cuatro son las “características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).”²⁶¹

²⁶⁰ Desde una perspectiva crítica, véase Carlos Flores Juberías, “Questioning Democracy in the Name of the People: The So-Called New Latin American Constitutionalism”, *Security Dialogues / Безбедносни Дијалози* n° 6/1-2 (2015), pp. 55-70.

²⁶¹ Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 38.

Como bien expresan Martínez y Viciano, en la medida de que muchos problemas que precisaban solución eran similares en los distintos países de la región, muchas de las soluciones adoptadas se parecerán, siendo detectables características comunes en las distintas Constituciones de los países de análisis. Entre ellas se contará:

– La *originalidad* (su contenido innovador), que se muestra en todos los textos constitucionales “desde la aparición del referendo revocatorio en el caso colombiano, hasta la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, pasando por la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes, o la incorporación del concepto de plurinacionalidad en el caso boliviano”.²⁶²

– La *amplitud* (la ya relevante extensión del articulado) se muestra en la inusual extensión de las Constituciones, en las cuales “Los principios, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es más necesaria para articular la voluntad constituyente”,²⁶³ es decir son constituciones principistas.

– La *complejidad* (la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje exequible), que no se muestra tanto como una complejidad del texto constitucional, como “una complejidad institucional que busca la superación de problemas concretos que han soportado los diferentes pueblos. Cuando, por ejemplo, la Constitución venezolana incorpora un mecanismo complejo de las políticas fiscales y monetarias a través del denominado acuerdo de políticas macroeconómicas”;²⁶⁴ es decir, se proponen acciones principalmente para plasmar de manera efectiva la voluntad del Constituyente.

– La *rigidez* (el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional), la cual propone un complejo mecanismo para su modificación con la finalidad de que el único que pueda cambiarla sea el poder constituyente. En este contexto, por la complejidad y la ruptura democrática que existía previo al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, seguro quedarán muchos temas abiertos,

²⁶² *Ibíd.*, 39.

²⁶³ *Ibíd.*, 39.

²⁶⁴ *Ibíd.*, 42

es por eso que como lo cita Martínez y Viciano, este proceso también puede ser considerado como un *constitucionalismo de transición*.

Al igual que los cambios formales que ha propuesto el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, existen varios aspectos materiales que se muestran en las Constituciones de este nuevo sistema. Entre ellos, dos merecen ser específicamente mencionados: “sus cimientos por un lado en la activación directa del poder constituyente para el avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil”.²⁶⁵ Es por ello que en sentido material se pueden identificar dos características, la primera que tiene relación con la activación directa del poder constituyente y la segunda que propone una ruptura de los sistemas del constitucionalismo débil.

La primera característica se ha plasmado en las propuestas sobre el poder constituido con nuevas formas de participación ciudadana. Por ejemplo, en Colombia lo han denominado como “Formas de participación democrática”, es así que esta democracia participativa rompe con los postulados de los partidos políticos tradicionales, a través de las acciones directas de la ciudadanía. La segunda característica se observa en la larga lista de derechos de sus Constituciones,

A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización —de acuerdo con cada caso— de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos. La recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de los criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones directas de amparo, acompañan a estas cartas de derechos constitucionales que, en algún caso, reconfiguran su significado y, con ello, su nomenclatura, y buscan a los derechos sociales, ampliamente reconocidos, la máxima efectividad.²⁶⁶

Como se observará esta propuesta propone la integración de grupos que históricamente han sido discriminados y excluidos de escenario estatal como el caso de los movimientos

²⁶⁵ *Ibíd.*, 45.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 46.

indígenas, quienes si bien ya habían sido propuesto por algunos textos constitucionales, el nuevo constitucionalismo propone un reconocimiento sustancial desde su autonomía hasta el reconocimiento del propio *pluralismo jurídico*.

4.3. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: una respuesta a los procesos eurocéntricos*

Como se planteó ya en la primera parte de este estudio, se podría continuar con el debate que ha recorrido gran parte de las discusiones de los siglos XVII hasta los primeros años del siglo XX; lo que ha mostrado una forma de relación que existe entre el Estado, el Derecho y las personas. Como bien dice Boaventura de Sousa Santos, “es posible decir que en términos científicos vivimos todavía en el siglo XIX y que el XX todavía no comenzó, ni tal vez comience antes de terminar [ya que si] cerramos los ojos y los volvemos a abrir, verificamos con sorpresa que los grandes científicos que establecieron y delimitaron el campo teórico en que todavía hoy nos movemos vivieron o trabajaron entre el siglo XVII y los primeros veinte años del siglo XX”,²⁶⁷ lo que ha mostrado que se debe tener otro tipo de lectura de la filosofía para enfrentar problemas propios y actuales de la región. Esta afirmación, sin alejarse de la razón, visibiliza lo que ha sido la construcción del Derecho a través de la Historia y la necesidad de que se considere nuevos sistemas para dar respuestas a los requerimientos actuales de las sociedades.

En este sentido, este estudio propone una construcción plural para “dar respuesta a preguntas simples, elementales, inteligibles. Una pregunta elemental es una pregunta que llega al magma más profundo de nuestra perplejidad individual y colectiva con la limpieza técnica de un arpón. [...]. Es muy diferente preguntar por la utilidad o la felicidad que el automóvil me puede proporcionar si la pregunta es hecha cuando nadie de mis alrededores tiene automóvil, cuando toda la gente tiene excepto yo o cuando yo mismo tengo carro desde hace más de veinte años.”²⁶⁸

En este contexto, no todos los autores europeos han excluido el reconocimiento de “los del sur”, o de acuerdo al ejemplo de las personas que no tienen automóvil; es más, varias

²⁶⁷ Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una epistemología más allá de los posmoderno”, en *Una epistemología del Sur: La Reivindicación del conocimiento y la Emancipación Social*, (Ciudad de México: CLACSO, 2009), 17.

²⁶⁸ *Ibid.*, 20.

teorías como el caso de la ferrajoliana, buscan a través del “garantismo”, obligar a los Estados a reconocer expresamente sistemas de protección de los derechos de la persona. En varias publicaciones Luigi Ferrajoli, ha considerado ejemplos de Constituciones latinoamericanas (más allá de los buenos ejemplos que propone desde Italia), pero como señala el propio autor, los estudios que realiza para poder construir sus teorías, se fundamenta en procesos eminentemente europeos.²⁶⁹

La construcción de la producción del Derecho, en una primera parte muy extensa tanto para este estudio como para la historia en general, ha sido “el legislador”, pero que como se ha demostrado no es el único sistema. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, propone

Extraer la constitución de la normatividad no únicamente y apenas de las fuentes o canales habituales clásicos, representados por el proceso legislativo y jurisdiccional del Estado, sino de captar el contenido y la forma del fenómeno legal mediante la cotidianidad de acciones autonómicas de actores colectivos, aprobados por la identidad y la autonomía de intereses del todo comunitario en un locus político, independientemente de los rituales formales de institucionalización ²⁷⁰

En este contexto, es importante reconocer otros tipos y sistemas de producción del Derecho, desde una perspectiva de un “pluralismo comunitario-participativo”. Este sistema como bien lo identifica Antonio Carlos Wolkmer en su libro “Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho”, busca dejar de lado las fuentes clásicas de la producción jurídica del Derecho a través del reconocimiento de otros sistemas normativos no convencionales ya que en la mayoría de casos estos han

²⁶⁹ En el artículo “Pasado y futuro del estado de derecho”, Luigi Ferrajoli en la primera página expone que “La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del estado legislativo de derecho (o estado legal), que surge con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del estado constitucional del derecho (o estado constitucional), producto, a su vez., de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Sostendré, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de ellas de un triple cambio de paradigma [...]”.

²⁷⁰ Antonio Wolkmer, “Las fuentes de producción en la nueva cultura jurídica”, en *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, (Sevilla: DYKINSON, 2018), 103.

resultado insuficientes a la respuesta de la lucha que han desarrollado los grupos sociales a través de la historia. La búsqueda de este nuevo sistema de producción en el que se vincula de manera directa a los movimientos sociales y los pone en el centro de la producción, exige que la construcción tenga como principio –entre otros– la realidad social.

De ahí que la fuente primaria del Derecho no está en la imposición de la voluntad de una autoridad dirigente, ni en el de un poder legislativo o de una creación iluminada de magistrados omnipotentes, sino, esencialmente, en la dinámica interactiva y constitutiva de la propia sociedad humana. Así, la fuente jurídica por excelencia se encuentra vinculada con las relaciones sociales y con las necesidades fundamentales deseadas, inherentes al modelo de producción de la vida material y cultural.²⁷¹

Con esto, se hace una ruptura a la línea de continuidad de la producción del Derecho –de raíz históricamente eurocéntrica– que sustenta sus principios en la legalidad, y seguridad jurídica. Los presupuestos descritos han sido sólidamente asumidos no solo en la historia europea, sino también en la construcción del Derecho latinoamericano que es lo que ayudó a mantener a los grupos aislados y en las líneas periféricas de la discusión legal. Como bien lo afirman, Wolkmer, Boaventura, y otros autores que han desarrollado una filosofía crítica del Derecho para generar ideas emancipadoras y dejar de mantener a los oprimidos en la periferia, ha sido el “capitalismo”. El capitalismo ha sido el fin, y el Derecho (eurocéntrico), el medio con el cual se han mantenido elites específicas en el control disfrazadas de democracia. El Derecho sin duda fue débil, ya que desde la ruptura del Estado absolutista, se seguía manteniendo bajo el dominio de un solo grupo seres humanos.

Como se ha observado históricamente, el Derecho proyectado por el “modelo de centralización eurocéntrico”, caracterizado por las fuentes formales, específicamente por mantener una supremacía del Derecho legislado sobre el consuetudinario, deja de lado la producción de un Derecho más vivo ajustable a la cotidianidad,²⁷² y sigue

²⁷¹Ibíd., 127.

²⁷² Como cita Antonio Wolkmer en su *libro: Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, a la afirmación de Georges Gurvitch Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho, (Sevilla: DYKINSON, 2018), 129; a la afirmación que realiza Georges Gurvich “ “Las proposiciones jurídicas abstractas, formuladas por el estado [...] no se dirigen, en el fondo, sino a los tribunales estatales y a otros órganos del Estado. Los grupos e individuos viven frecuentemente su vida jurídica ignorando el contenido de estas proposiciones”. Así, solo “una íntima parte del orden jurídico de

persiguiendo como fin el monopolio del poder para un grupo específico de individuos y cada vez es más fuerte e imposible de poder romperlo.

El desarrollo de un nuevo Derecho “más vivo”, propone el reconocimiento de sistemas alternativos como el pluralismo jurídico, en la construcción del Derecho, pero no únicamente con la producción de normas plurales, sino con la creación de sistemas completos con estos requisitos para romper el derecho fuerte eurocéntrico.

4.3.1. *El pluralismo jurídico como una respuesta emancipadora*

Uno de los principios centrales de este ha sido el reconocimiento del pluralismo jurídico como sistema central de la producción del Derecho. En esta parte del trabajo se buscará conceptualizarlo con la finalidad de que pueda servir de marco de análisis de algunos dictámenes de instituciones estatales como es el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana, con el objeto de observar si a nivel constitucional se garantiza los derechos con este principio.

Si se realiza un análisis histórico del pluralismo jurídico, se puede encontrar que no es un modelo nuevo, ni mucho menos un modelo específicamente latinoamericano, ya que en sí “la consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial, el amplio dominio del individualismo filosófico, jurídico-estatal favorecieron una fuerte reacción por parte de las doctrinas pluralistas al final del siglo XIX y mediados del siglo XX”.²⁷³ Con este antecedente se puede afirmar que el pluralismo jurídico tuvo su desarrollo (limitadamente), en varios países de Europa como es el caso de Italia, España, Bélgica, Alemania, etc.²⁷⁴ Varios argumentos como el pensamiento neomarxista, el

la sociedad puede ser alcanzada por la legislación del Estado, y la mayor parte del Derecho se desarrolla independientemente de las proposiciones jurídicas abstractas”, lo que muestra que existen varios grupos que viven sin ser alcanzados por los sistemas jurídicos estatales, creciendo la necesidad de proponer sistemas alternativos y plurales.

²⁷³ Antonio Wolkmer, “Pluralismo jurídico: nuevo marco crítico- emancipatorio en la historicidad latinoamericana”, en *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, (Ciudad de México: Akal, 2017), 204.

²⁷⁴ Como se indicó, el uso alternativo del derecho no es una idea nueva ni específicamente desarrollada en América Latina; es así que a manera de resumen de lo que expone Antonio Wolkmer, en su libro: *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, (Ciudad de México: Akal, 2017), se puede exponer que

pensamiento jurídico crítico, el desarrollo de la Escuela crítica de Fráncfort, el análisis de interdisciplinariedad, fueron los argumentos para que juristas y académicos propongán ideas que tenían una carga de ruptura a los principios del Derecho ordinario.

Ahora: si bien este no es un modelo nuevo, es cierto que tuvo una acogida especialmente calurosa en los países de América Latina a partir de la constitución colombiana de 1999. En este orden de ideas, el pluralismo jurídico puede ser entendido –con Wolkmer– como “la multiplicidad de manifestaciones y de prácticas normativas existentes en un mismo espacio sociopolítico, intervenidas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales y que tienen su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”.²⁷⁵ Este concepto vincula varios elementos como son el espacio, el reconocimiento o no por parte del Estado, las necesidades, etc. susceptibles de interrelacionarse de diversas maneras, lo que obliga al análisis de los tipos de pluralismo históricamente desarrollados o aquellos que se encuentran actualmente en vigencia.

Antonio Carlos Wolkmer, citando a Boaventura de Sousa y Eduardo Rodríguez, propone en su libro “Teoría crítica del derecho desde América Latina” dos clasificaciones del pluralismo jurídico. La primera desarrolla un sistema de acuerdo al surgimiento del pluralismo legal, y se centra en el desarrollo histórico que éste ha tenido; la segunda, profundiza una tesis que se fundamenta en la proyección para “sociedades de capitalismo periférico”²⁷⁶ y del control del Estado sobre los sistemas de juridicidad.

en países como Italia, este modelo fue representado por un grupo de magistrados, integrantes de la “Magistratura Democrática”, entre los que se cuenta a Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturri, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, entre otros; teniendo como base el pensamiento neomarxista contemporáneo, como una aplicación diferente de la dogmática dominante. En Alemania, uno de los presupuestos que ayudaron al desarrollo del pensamiento jurídico crítico fue la influencia de las ideas de la Escuela de Fráncfort. En España, se produjo el desarrollo de las tendencias antiformalistas y pluralistas con estudios socio- iusfilosoficos de los que sobresalen Nicolás López Calera, Elías Díaz, Juan- Rarthón Capella, entre otros. En Bélgica el desarrollo del Modelo de la Critica Interdisciplinar, propuesta que fue plasmada en un artículo de Francois Ost llamado “Question Metodologi-ques à Propos de la Recherche Interdisciplinaire en Droit”.

²⁷⁵ Antonio Wolkmer, “Pluralismo jurídico: proyección de un marco de alteridad”, en *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, (Sevilla: DYKINSON, 2018), 192.

²⁷⁶ Para mayor referencia leer el artículo “Pluralismo jurídico ¿El debate del capitalismo actual?, en la *Revista nueva sociedad*, No 112, (marzo- abril 1991), 91-101.

Desde la perspectiva de su desarrollo histórico, el pluralismo legal se divide en colonial y no colonial. El colonial tuvo su desarrollo en países que fueron dominados política y económicamente por las grandes naciones colonizadoras (la inglesa, la española y la portuguesa por ejemplo), las cuales impusieron con fuerza la administración de la colonia, lo que produjo que coexistieran el Derecho del Estado colonizador y los derechos autóctonos. El no colonial en cambio, tiene tres tipos en los cuales se asocian diferentes tipos de Estados: el primero que tiene como ejemplo a los países como Turquía, Etiopía, etc. que son aquellos que teniendo culturas tradicionales normativas propias se adaptaron al Derecho europeo como una forma de modernización; los segundos en los cuales están las repúblicas islámicas incorporados por la antigua URSS, los cuales luego de sufrir el impacto de una revolución política mantienen por algún tiempo su antiguo Derecho aunque este haya sido suprimido por el nuevo Derecho revolucionario; y las terceras como las poblaciones autóctonas de América del Norte, los cuales son poblaciones indígenas que sin estar diseminadas y sometidas por las leyes coercitivas han adquirido la autorización de mantener su Derecho tradicional propio.

Rodríguez en cambio indica que existen dos tipos de pluralismo. Por una parte un pluralismo jurídico estatal y un pluralismo jurídico de naturaleza popular; al que Wolkmer llama pluralismo jurídico comunitario. El pluralismo jurídico estatal es un modelo controlado y reconocido por el Estado, razón por la que los derechos no estatales tienen una función residual y complementaria, de manera que su competencia puede ser minimizada o incorporada a la legislación estatal. En cambio el pluralismo jurídico comunitario actúa en los espacios de los movimientos sociales independientemente del control estatal. Para Rodríguez el primero “lejos de ser una herramienta idónea para garantizar el poder real y efectivo de la comunidad sobre las condiciones materiales de su existencia se constituya en un mecanismo de expropiación de su poder comunitario”;²⁷⁷ es por eso que el pluralismo jurídico “implica, especialmente no solo admitir que el tema incluye complejidad, ambigüedad y límites, sino sobre todo que el mismo pueda ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora””.²⁷⁸ El

²⁷⁷ Eduardo Rodríguez, “Pluralismo jurídico ¿El debate del capitalismo actual?”, en *Nueva Sociedad*, No 12, (marzo- abril 1991), 91-101, 100, < http://nuso.org/media/articles/downloads/1982_1.pdf>.

²⁷⁸ Antonio Wolkmer, “Pluralismo jurídico: nuevo marco crítico- emancipatorio en la historicidad latinoamericana”, en *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, (Ciudad de México: Akal, 2017), 204.

pluralismo con ideología conservadora es una de las oposiciones más fuerte y radical que tiene el pluralismo emancipador, ya que el primero trata de inviabilizar la participación de los movimientos sociales, mientras que el segundo propone la participación democrática de nuevos segmentos y colectivos.²⁷⁹ El pluralismo como una herramienta emancipadora ha sido la respuesta a los diferentes procesos de insatisfacción de las necesidades básicas, lo que ha hecho que históricamente este nuevo modelo se desarrolle en zonas periféricas epistemológicamente y como una respuesta a los procesos históricos que han mantenido una concentración del capital en los grupos que autores como Boaventura, Wolkmer y otros los identifican como el “norte global”. Para que este modelo pueda cumplir con su finalidad emancipadora respecto de los grupos que históricamente les han ubicado en la periferia latinoamericana –los llamados como el (sur global)– debe cumplir algunos requisitos como son: “a) La legitimidad de nuevos sujetos sociales; b) una fundamentación en la justa satisfacción de necesidades humanas; c) la democratización y descentralización de un espacio público participativo; d) la defensa pedagógica de una ética de la alteridad, y e) la consolidación de procesos conducentes a una racionalización liberadora”.²⁸⁰ La acción emancipadora que tiene el pluralismo jurídico se plasma en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* o *constitucionalismo andino*,²⁸¹ sistema que como se ha expresado hasta ahora no es estático, sino que propone una forma diferente de construir el Derecho.²⁸²

²⁷⁹ German Palacio, en una publicación llamada “Pluralismo Jurídico”, (Bogotá: Universidad Nacional, 1993), cita la interconexión que existe entre el pluralismo como herramienta conservadora y el proceso de globalización del capital e indica que son cuatro las condiciones: “a. la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación por especialización flexible; b. El desarrollo del neo americanismo; c. El debilitamiento de los estados nacionales latinoamericanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d. La crisis de l trabajador de masa y las nuevas luchas sociales”.

²⁸⁰ Antonio Wolkmer, “Pluralismo jurídico: nuevo maco crítico- emancipatorio en la historicidad latinoamericana”, en *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, (Ciudad de México: Akal, 2017), 211.

²⁸¹ El término *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *constitucionalismo andino*, *neoconstitucionalismo transformador*, son utilizados para hacer referencia al nuevo sistema constitucional que se inició con la Constitución colombiana de 1991. Autores como Rubén Martínez, Roberto Viciano, Roberto Gargarella, han acogido el término *nuevo constitucionalismo latinoamericano*; autores como Antonio Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos han acogido el término *constitucionalismo andino*; y, autores como Ramiro Ávila han acogido el término *neoconstitucionalismo transformador*.

²⁸² Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo*

5. El constitucionalismo ecuatoriano, una propuesta con el “Estado constitucional de derechos y justicia”

Uno de los procesos más representativos del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es el ecuatoriano, no únicamente por el proceso democrático que llevó a la aprobación de la Constitución de 2008, sino porque esa misma Constitución recoge varios principios innovadores que han logrado integrar varios derechos, instituciones y procesos que han sido referente para varios países de la región. La integración de los derechos de la naturaleza, el reconocimiento de la plurinacionalidad, la instauración de la participación ciudadana como un nuevo órgano a través de la Función de Transparencia y Control Social, son elementos que forman parte de un nuevo sistema de Estado, el *Estado constitucional de derechos y justicia*. A continuación se muestra una historia del constitucionalismo ecuatoriano como puerta de análisis del *Estado constitucional de derechos y justicia*.

5.1. *Historia del constitucionalismo ecuatoriano (1830-2008)*

El sistema constitucional ecuatoriano, al igual que en la mayoría de sistemas constitucionales de los países de la región, ha tenido durante la mayor parte de su historia una marcada inclinación por los principios jurídicos de tradición eurocéntrica; lo que sin duda supuso que sus sucesivas Constituciones resultaran garantes de los principios del capitalismo y que apoyaran sistemas como el neoliberalismo.

En una publicación que realiza Juan Paz Miño y otros, llamada “El Proceso Constituyente desde una perspectiva histórica”, presenta una división histórica de las veinte Constituciones que ha tenido el Ecuador que puede resultarnos útil exponer a continuación de manera sintética.

Latinoamericano, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 44, expone que si bien las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano han propuesto la solución a varios problemas específicos en la región, estas no han solucionado todos los problemas, es más muchos de ellos aun quedan abiertos al debate.

Para empezar, cabe argumentar que ²⁸³ “Desde una perspectiva histórica, doce son las constituciones del largo siglo XIX (no el cronológico), pues hay que incluir en él a la Constitución de 1906, la Carta Magna del liberalismo, pues la Revolución Liberal Ecuatoriana (1895) y el período de hegemonía estatal del liberalismo (1895-1925) respondieron a las condiciones del sistema oligárquico-terrateniente y a las confrontaciones políticas que tal sistema generó, como fue el de las luchas entre liberales y conservadores.” ²⁸⁴ Esta lucha tuvo efecto en el terreno entre los hacendados de la sierra y los de la costa. Las diferencias marcadas por las relaciones de poder que mantenían el control de la economía sobre la gran mayoría de población indígena, montubia y campesina, fue lo que hizo que la riqueza estuviera con clanes pequeños de banqueros, industriales y comerciantes.

En el año de 1929 y tras la reacción del régimen, luego de la “Revolución Juliana” de 1925, fue promulgada una Constitución que sería,

la primera en introducir tres nuevas reformas: el reconocimiento de los derechos y garantías laborales fundamentales, lo que años más tarde se completaría y ampliaría en el Código del Trabajo (1938); el reconocimiento de nuevos roles económicos al Estado (Presupuesto, Fondo General del Tesoro, Reserva del Tesoro), que acompañaron a la institucionalidad creada al efecto: el Banco Central, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, el Ministerio de Previsión Social, la Ley de Impuestos Internos. Finalmente, la Constitución de 1929 proclamó la responsabilidad social de la propiedad y esbozó el principio de reforma agraria.²⁸⁵

El cambio de soberanía en la cual se tomaba en consideración al pueblo y no a la nación, así como los controles sobre el Ejecutivo y la propuesta de que el Congreso sea el único que podía proponer las leyes, daba luces de la instauración de un Estado de Derecho.

²⁸³ Las primeras doce constituciones fueron de los años 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1978, 1884, 1896 y 1906 y fueron redactadas en Riobamba, Ambato, Quito, Cuenca, Quito, Guayaquil, Quito, Quito, Ambato, Quito, Quito y Quito respectivamente.

²⁸⁴ Juan Paz y Miño y otros, “El Proceso Constituyente Desde una Perspectiva Histórica”, en *Revista La Tendencia*, (Quito: ILDCS, 2008), 26-45, 28, <
<http://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=41903>>.

²⁸⁵ *Ibid.*, 33.

En 1945 se inauguraría la era del “Constitucionalismo Social”, a través de la instauración de un Congreso que lo conformaban diputados y senadores, integrada por representantes de las diferentes provincias y de los intereses sociales. En este año, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, así como otros organismos como la Contraloría General del Estado; tónica ésta que marcaría también a la Constitución de 1946.

Hasta antes de llegar a la Constitución de 1967, se realizaría un proceso de dictadura militar. Es por eso que esta Constitución fue la primera acción una vez que se retomó el régimen civil. Según Paz y Miño, los intereses privados se introdujeron específicamente para mantener los privilegios y “provocar el retroceso del estatismo del periodo militar desarrollista”.

La última etapa antes de llegar a la Constitución del 2008 se inicia en 1979 y abarcó a ésta y también a la Constitución de 1998; en este periodo se “estableció un parlamento ágil y eficaz, un Ejecutivo fortificado con capacidad para gobernar, una Función Jurisdiccional adecuada para una ágil administración de justicia, y una organización planificada de la economía. Se configuró definitivamente la función económica del Estado, con facultades de regulación e intervención en la economía.”²⁸⁶ en este punto, el Estado propuso sistemas de regulación de la económica y algunos sistemas de redistribución de la riqueza a través de la propuesta de la identificación de cuatro sectores “publico, mixto, comunitario o de autogestión y privado”.

El último dato previo a la consagración de la Constitución de 2008, es que antes de 1830 el Ecuador tuvo otras Constituciones como es el caso de la Constitución Quiteña de 1812 que fue una respuesta a la masacre de 1810; y la Constitución de la Gran Colombia de 1821 con la que Ecuador declaró la separación, pero estas dos se promulgaron antes del periodo Republicano Ecuatoriano. Además, existe una Constitución, la de 1938 la cual fue aprobada pero no promulgada, de manera que nunca rigió.

En contraste con toda esta trayectoria constitucional previa, la Constitución actual del Ecuador ha sido considerada como un documento innovador y progresista en el reconocimiento de los derechos de todas las personas y la naturaleza. En el Examen Periódico Universal (EPU), presentado por el Ecuador en el año 2012, se puede observar que países como Cuba, El Salvador, etc. felicitaron el avance progresivo de los derechos

²⁸⁶ *Ibíd.*, 37.

reconocidos en el documento. El Ecuador de la misma forma, de los 27 puntos presentados en el informe, 10 hace referencia a la Constitución actual, lo que muestra la imagen internacional que deseaba dar el Estado al mundo.

Los antecedentes para la propuesta de la Constitución del 2008 fueron claros, una crisis económica, política y una inestabilidad del Ejecutivo marcada por el paso de diez presidentes desde el año 1997 hasta el 2007, año en el cual fue electo el economista Rafael Correa Delgado. Las alianzas de los movimientos sociales de trabajadores, estudiantes, pueblos indígenas, etc. impulsaron al partido por el cual sería electo como gobernante y la propuesta de cesar de funciones al aquel entonces Congreso Nacional, daba luces de que el próximo paso sería la promulgación de una nueva Constitución construida a través de una Asamblea Nacional que tendría mayoría oficialista.

Los debates para la construcción de este nuevo documento se situaron en “Montecristi”, un pequeño cantón de la provincia de Manabí en el cual había nacido uno de los presidentes de línea liberal del Ecuador “Eloy Alfaro”. En este contexto, se presentó a la ciudadanía un documento que como se mencionó cumpliría con uno de los procesos democráticos más completos desde la consulta popular con la cual se propuso una nueva Constitución, la selección de los assembleístas y la aprobación de la Carta a través de un referéndum. Las características formales y materiales se consagraron en la Constitución; uno de los actos innovadores fue el reconocimiento del principio ancestral “Sumak Kawsay”, término que traducido al castellano significa “Buen Vivir”; este concepto hasta aquel entonces desconocido es el que hasta el momento guía los procesos de Política Pública y administración estatal.

5.2. *El Estado constitucional de derechos y justicia*

El Estado “constitucional de derechos y justicia”, es una propuesta nueva, planteada por el Estado ecuatoriano, a partir del artículo 1 de la Constitución de 2008, que en su primer párrafo se enuncia: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”²⁸⁷ El reconocimiento de este sistema de Estado más allá de un sistema de administración conlleva el análisis más profundo. Según Ramiro Ávila,

²⁸⁷ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial No. 449, 2008, art. 1.

el estado de derechos también significa que se reconoce la pluralidad jurídica. El estado de derecho reconoce sólo una fuente de validez normativa, que es el estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional.²⁸⁸

De esta afirmación se puede desprender que el Estado constitucional de derechos y justicia tiene varias vertientes. Por una parte, una vertiente externa, al acoger en su seno normas y tratados internacionales así como las diferentes sentencias de organismos internacionales los cuales tienen jurisdicción en el Ecuador como es el caso del Sistema Interamericano; y por otro lado, una vertiente interna, que hace referencia al reconocimiento de grado constitucional a los sistemas plurales como es el caso de la justicia indígena, procedimientos ancestrales, etc.

En este orden de ideas, el reconocimiento de estos sistemas como son los externos (Naciones Unidas, OEA, etc.) y los internos (pluralismo jurídico), ha fortalecido el bloque de garantía de derechos que tiene el Ecuador como es el caso de los derechos de la naturaleza, al considerarla sujeto y no objeto de los mismos. Ramiro Ávila reconoce este sistema como un *neoconstitucionalismo transformador*,²⁸⁹ para hacer referencia a un nuevo constitucionalismo, un sistema que rompe con el antiguo constitucionalismo de construcción eurocéntrico, y transformador por la búsqueda utópica que tienen los principios al reconocer el pluralismo jurídico de manera expresa; si bien, nos parece que el término recoge aquellos postulados con los cuales deseamos identificar a la Constitución del Ecuador del 2008. Autores como Boaventura y Wolkmer plantean el término *nuevo constitucionalismo latinoamericano* para reconocer el punto de partido

²⁸⁸ Ramiro Ávila, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, en *Revista Spondilus*, (Quito: UASB, 2012), 1-25, 16, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>.

²⁸⁹ El término *neoconstitucionalismo transformador*, ha sido adoptado por Ramiro Ávila Santamaría, con la finalidad de reconocer este nuevo sistema constitucional que ha llegado a América Latina a partir de los años 90s, y que se identifica con el “estado constitucional de derechos y justicia” propuesto por el Ecuador en su Constitución del 2008.

y donde actualmente se mantiene el desarrollo de este sistema constitucional, o *constitucionalismo andino* que es un término que reconoce a aquellos grupos que han sido históricamente invisibilizados por el la fuerza que ha tenido las diferentes teorías eurocéntricas y positivas del Derecho. Para el presente estudio, a partir de este punto se considerará el término *constitucionalismo andino* a este sistema progresista con la finalidad de poner en el centro al ser humano, a las tradiciones ancestrales y a la naturaleza; además, como se identificó en páginas anteriores, el término “neoconstitucionalismo” ha sido trabajo por varios autores europeos con los cuales Luigi Ferrajoli tenía algunas coincidencias.

El reconocimiento de sistemas jurídicos distintos, sin duda alguna puede generar controversias entre los sistemas que –como admite Ávila–, en muchos casos no conviven de manera armónica, ya que en la esfera de interacción se desarrollan no postulados únicamente jurídicos, sino también filosóficos, antropológicos, políticos y sociológicos, para establecer mecanismos diferentes en situaciones similares. Esta propuesta de convivencia es la que presenta en su libro “La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el Derecho comparado”.

Ahora bien, la frase *Estado constitucional de derechos* puede sugerir una observación desde dos enfoques: el primero en un análisis del pluralismo jurídico que se extrae en todo el texto constitucional de manera expresa y una segunda desde la perspectiva de los “derechos” como centro del sistema constitucional

El primer momento, en el que se vincula al “pluralismo jurídico”, con el *constitucionalismo andino*, se ha desarrollado en páginas anteriores. Pero lo interesante del análisis de Ávila ²⁹⁰ es que logra aterrizar los supuestos y características del pluralismo jurídico en el análisis de la Constitución de 2008. Según éste, la relación del Estado constitucional de derechos y el pluralismo se diferencia de los otros sistemas estatales por cinco características específicas:

- 1.– Las autoridades encargadas de la competencia constitucional crean normas con el carácter de ley, a lo que se identifica como “precedentes nacionales”;
- 2.– El cumplimiento obligatorio de las normas y jurisprudencia (sentencias) de organismos internacionales (precedentes internacionales);

²⁹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, en su libro: *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, en el capítulo que refiere “Los principios de aplicación de los derechos”, (Quito: MJDHC, 2008), expone las características que identifican al “estado constitucional de derechos y justicia”.

- 3.– Las políticas públicas emitidas por el ejecutivo, tienen fuerza de ley;
- 4.– El desarrollo de las normas y jurisdicción indígena y;
- 5.– La vinculación de la moral en los textos jurídicos.

La primera característica tiene relación a los precedentes nacionales: en el Ecuador el juez no puede ser únicamente “boca de la ley”, sino que se convierte en “cerebro y voz de la Constitución”, ya que como se ha sostenido durante el trabajo, “El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. G. Zagrebelsky ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas. Por ello, se ha visto necesario establecer principios.”²⁹¹ Estos principios no pueden ser aplicables en casos concretos, es por esa razón que el juez con base al principio debe adecuar el Derecho aplicable.

La segunda característica hace referencia a las sentencias de la Corte Interamericana. En este punto, la Constitución del 2008 reconoce como parte propia a las normas internacionales en el sistema interno. El Ecuador ha sido el destinatario de un total de veintiocho sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cinco son aclaraciones, cinco han sido archivadas porque el Ecuador ha declarado su cumplimiento y dieciocho deben ser verificadas su cumplimiento.

La tercer característica se vincula con el planteamiento y desarrollo de las Políticas Públicas. En este punto se destaca que la Constitución del Ecuador de 2008 reconoce como una garantía constitucional a este proceso de la administración pública.

La cuarta característica se plantea desde el desarrollo propio de las normas y la jurisdicción de los pueblos y comunidades indígenas; la Constitución del Ecuador de 2008, reconoce de manera expresa los derechos de los pueblos y comunidades, además establece una jurisdicción especial a través de la aplicación de la justicia indígena.

La quinta característica vincula a la moral con el Derecho. Si bien varios autores europeos como Kelsen han propuesto la distancia que existe entre estos dos “sistemas”; la Constitución del 2008 propone que se tome en consideración bases jurídicas e

²⁹¹ Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: MJDHC, 2008), 31.

interpretaciones morales, lo cual cobra un especial reconocimiento a través de la argumentación jurídica.

El segundo enfoque al que se refiere Ávila, es “La centralidad de los derechos en la Constitución”; afirmación que desarrolla a través del análisis de la estructura misma de la Constitución y el fin del Estado. Por una parte, el fin del Estado será la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos; y, en relación a la estructura de la Constitución, “La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales.”²⁹² Con este antecedente se ve necesario realizar un análisis de las normas para determinar si el juez como bien se lo ha expuesto anteriormente materializa lo que es plenamente el “estado constitucional de derechos y justicia”, lo que será mostrado en capítulos siguientes a través del análisis de la acción por incumplimiento²⁹³ y las sentencias²⁹⁴ que ha emitido la Corte Constitucional referente a esta acción desde el año 2008.

5.3. Los límites del pluralismo jurídico: un análisis real de la justicia indígena

El Estado constitucional de derechos y justicia, ha tenido como eje principal, el reconocimiento del pluralismo jurídico, entendido, como aquellos mecanismos diferentes de los ordinarios y que pueden ser aplicados para cosas similares, como es el caso de la justicia indígena.

La importancia que tiene la justicia indígena en el Ecuador, se ve reconocida desde la propia esencia constitucional, de ahí que —como se ha mostrado—, este sistema es una

²⁹² Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: MJDHC, 2008), 36.

²⁹³ En un primer análisis que se expone en el Anexo 1, se puede exponer las normas que regulan la acción por incumplimiento como garantía constitucional jurisdiccional.

²⁹⁴ Como se muestra en el Anexo 2, el Ecuador ha tenido un total de 77 sentencias sobre la acción por incumplimiento durante el periodo 2008- 2018.

parte esencial del pluralismo jurídico y del Estado constitucional de derechos y justicia.²⁹⁵ Ahora bien, sin duda que el reconocimiento de la justicia indígena es un avance del reconocimiento de los derechos como lo indica el artículo 57 de la Constitución ecuatoriana, el cual redacta que:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.²⁹⁶

En este contexto, la disyuntiva se desata porque son varios los sistemas imperantes en el Estado ecuatoriano —como es el caso de la justicia ordinaria y la justicia indígena—, que tienen sustentos en normas internas y en normas internacionales. Con esto, no se puede tampoco afirmar que el uno mecanismo, se encuentra sobre el otro, o que no puede ser equiparables el uno con el otro, ya que como bien lo afirma la Corte Constitucional ecuatoriana, al referirse a la justicia indígena: “se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como Justicia Ordinaria y Justicia Indígena.”;²⁹⁷ ahora, uno de los temas más importantes, es la identificación de los límites que tiene la justicia indígena.

Por una parte, la Constitución ecuatoriana identifica en su texto los límites de la justicia indígena y establece en su artículo 171 que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y

²⁹⁵ Véase el numeral “5.2. El Estado constitucional de derechos y justicia”, de la presente tesis.

²⁹⁶ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 57.

²⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción extraordinaria de protección No 113-14-SEP-CC”, *Caso No 0731-10-EP*, (30 de julio de 2014), 25.

decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.²⁹⁸

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la Constitución con el artículo 57 reconoce a la justicia indígena, pero con el artículo 171 propone algunos límites importantes; primero, en relación a los métodos, indica que se deben aplicar normas y procedimientos propios, deben ser tradiciones ancestrales y de su derecho, con garantía de participación de las mujeres. Segundo, en relación al espacio de solución de sus conflictos internos, la jurisdicción será su territorio; y tercero —a mi criterio el más importante—, la aplicación de la justicia indígena no puede ser contraria a la Constitución ni a los derechos reconocidos por instrumentos internacionales.

Además, la Constitución del Ecuador reconoce un sistema de control, el cual, en última instancia está promovido por la Corte Constitucional a través del control de constitucionalidad,²⁹⁹ lo cual —como se verá más adelante— puede considerarse como otro filtro y desarrollar límites más específicos a la aplicación de justicia indígena

Parecerían suficientes los filtros que han sido citados hasta el momento y que están establecidos de manera expresa en la Constitución, pero en realidad, estos no han sido proporcionales al nivel de complejidad que conlleva la aplicación de la justicia indígena; es por ello, que la Corte Constitucional ha tomado un papel significativo para la construcción de jurisprudencia respecto a casos puntuales.

Los mayores problemas que ha acarreado la aplicación de la justicia indígena, se han direccionado al conflicto con la justicia ordinaria y el conflicto entre los diferentes derechos, es por ello, que a continuación se presenta uno de los casos emblemáticos desarrollados en el Ecuador, y el cual, brindó algunos argumentos jurisprudenciales para proponer límites más reales a la aplicación de este mecanismo —justicia indígena—, el caso ha sido reconocido como “La Cocha”.

²⁹⁸ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 171.

²⁹⁹ El artículo 171 de la Constitución del Ecuador establece que “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.”.

El 9 de mayo del 2010 aproximadamente a las 19h00, en la parroquia de Zumbahua se produjo el asesinato del Sr. Marco Antonio Olivo Pallo, en manos de cinco jóvenes — de la parroquia de Guantopolo— los cuales fueron encontrados culpables a través de un procedimiento realizado los días 16 y 23 de mayo de 2010 por parte de las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo. La parroquia de Zumbahua, pertenece al cantón Pujili y es una población indígena kichwa hablante.

Si bien, este mecanismo —como se había indicado—, se encuentra reconocido en el artículo 171 de la Constitución y en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.³⁰⁰

No fueron elementos suficientes, para que la Fiscalía General del Estado, el 19 de mayo de 2010, intente ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el objetivo de rescatar a uno de los involucrados. También, el Ministerio de Gobierno y la Policía Nacional, de la misma forma, trataron de intervenir para rescatar a los cinco presuntos culpables, los cuales, estaban privados de su libertad dentro de la comunidad.

Luego de esto, el Ministerio de Justicia del Ecuador “solicitó se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el “amparo de libertad” interpuesto.”,³⁰¹ la defensa fue sustentada en base al artículo 10 numeral 2

³⁰⁰ Ecuador, “Código Orgánico de la Función Judicial”, en Registro Oficial Suplemento 544, (9 de marzo de 2009), art. 343.

³⁰¹ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción extraordinaria de protección No 113-14-SEP-CC”, *Caso No 0731-10-EP*, (30 de julio de 2014), 3.

del Convenio 169 de la OIT, el cual expone que: en relación a las personas que son parte de una comunidad indígena se “Deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”,³⁰² además, se argumentó que: la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., son propias de la cosmovisión indígena “lo que según “La Corte Constitucional de Colombia, no constituye un atentado a los derechos humanos fundamentales”.³⁰³

Otros argumentos que fueron expuestos se centraban en la aceptación de la aplicación de la justicia indígena por parte de los cinco responsables y por el hermano del occiso, quien voluntariamente había solicitado la intervención y actuación de las autoridades indígenas.

Ahora bien, el problema central del caso, se produjo por dos cuestiones específicas: la primera, porque los cinco jóvenes responsables de los hechos se encontraban privados de la libertad y se mantenía un juicio ordinario en contra de los mismos, lo que iría en contra del principio *non bis in idem*, es decir no podían ser juzgados nuevamente por la misma causa que habían sido juzgados por la justicia indígena; y segundo, porque se estaba iniciando un proceso en contra de las autoridades indígenas por haber atentado contra los derechos humanos de los cinco responsable. En esta lógica, al aceptar la acción extraordinaria de protección, para resolver las dos cuestiones anteriormente descritas, la Corte Constitucional ecuatoriana se planteó dos preguntas específicas:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?
2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?³⁰⁴

³⁰² Asamblea General de la ONU, “Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, *Resolución A/RES/61/295*, (10 de diciembre de 2007), art. 10.

³⁰³ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción extraordinaria de protección No 113-14-SEP-CC”, *Caso No 0731-10-EP*, (30 de julio de 2014), 3.

³⁰⁴ *Ibíd.*, 12.

Con esto, la Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de desarrollar algunos presupuestos para proponer límites reales a la justicia indígena.

Con respecto a la primera pregunta, y para de esta forma identificar si existió o no una violación a los derechos humanos de las personas intervenidas, la Corte Constitucional ecuatoriana, desarrollo varios artículos nacionales e internacionales relativos a los pueblos y comunidades indígenas, dentro de los que se encontraban especialmente el Convenio 169 de la OIT, específicamente los artículos 7, 8, 9 y 10,³⁰⁵ así también, recogió un peritaje en el cual se expone el proceso con el cual se aplica justicia indígena, en el cual se establecía que existía varios equipos para poder identificar los eventos, las demandas, recolección de pruebas y testimonios, etc., con lo que se determinaba que el

³⁰⁵ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en sus artículos 7, 8, 9 y 10 indica que: “Artículo 7: 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo. Artículo 8: 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos. Artículo 9: Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo. Artículo 10: Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo. Artículo 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.” *

* Asamblea General de la ONU, “Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, *Resolución A/RES/61/295*, (10 de diciembre de 2007), art. 7, 8, 9 y 10.

proceso no estaba en contra de la Constitución ni de los derechos humanos; en un segundo momento, se identificó que para el pueblo Kichwa:

las sanciones, y dentro de estas los castigos corporales, tienen como finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados. En su razonamiento, la sanación es la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Al ser aplicada públicamente cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor.³⁰⁶

Por lo que la Corte Constitucional, estableció que: “En consecuencia, en el presente caso queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas”,³⁰⁷ además, determinó que la Asamblea General Comunitaria, era la habilitada para administrar justicia, pero que en el procedimiento en ningún momento se determinó un grado de participación de cada uno de ellos, sino que se identificó únicamente “el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo”,³⁰⁸ lo que conlleva un choque en la determinación del bien protegido.

En el caso de la justicia indígena, la prioridad es “la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar “integrado” a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea”,³⁰⁹ de allí que la vida tiene ese mismo valor, no como un valor individual, sino, como parte de la familia y de la comunidad, de esta manera, la respuesta de la justicia indígena para una muerte es “la solución del “problema” social o de la “problemática familiar” bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan “huérfanas”,

³⁰⁶ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción extraordinaria de protección No 113-14-SEP-CC”, *Caso No 0731-10-EP*, (30 de julio de 2014), 18.

³⁰⁷ *Ibíd.*, 20.

³⁰⁸ *Ibíd.*, 20.

³⁰⁹ *Ibíd.*, 21.

desmembradas, “el uno en el cementerio y el otro en la cárcel”,³¹⁰ de esta forma tratan de identificar primero una solución a lo social y familiar, para luego entregar a la justicia ordinaria; de allí, que el bien protegido para ellos es la comunidad y la vida en la misma, de esta forma, la justicia indígena no juzga el atentado contra la vida.

En el contexto ordinario, la vida está dentro de los bienes trascendentales tanto en el ámbito nacional e internacional, lo que presupone la activación de todos los mecanismos en todos los ámbitos, así como el juzgamiento e investigación de las amenazas contra esta. Considerando, que las comunidades indígenas gozan de una autonomía jurisdiccional, también esta se encuentra sometida a la Constitución, de allí, que las comunidades y pueblos indígenas, deben precautelar la vida en sus dimensiones subjetivas y objetivas. De esta forma, la Corte Constitucional indicó que:

Sin que pueda hablarse de interferencia no de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado [...] ³¹¹

Es decir, la Corte Constitucional logra determinar, que si bien, existen derechos como el caso del derecho a la justicia indígena, este derecho no es un derecho absoluto como es el caso del derecho a la vida, el cual debe ser protegido y garantizado por el Estado en todos sus niveles. La Corte Constitucional, en la sentencia logra determinar, que no existe un doble juzgamiento en relación al principio *non bis in idem*, ya que por una parte la justicia indígena determinó la afectación que causó el hecho en su comunidad, mientras que la justicia ordinaria trata de identificar la responsabilidad sobre el derecho al bien protegido “la vida”.

Con esto, se logra mostrar que, si bien, hay algunos puntos comunes —en la justicia ordinaria y la justicia indígena—, también existen algunos puntos divergentes; por

³¹⁰ *Ibid.*, 22.

³¹¹ *Ibid.*, 28.

ejemplo, tanto la justicia indígena como la ordinaria, tienen como objetivo la administración de justicia, y en este contexto, lo que se realiza es identificar un bien protegido vulnerado, pero, divergen en la contextualización de justicia y en la identificación del bien protegido en un caso concreto. En el caso *La Cocha*, se muestra como el bien protegido para la justicia ordinaria es la vida, mientras que para la justicia indígena es la estabilidad de la comunidad y su desarrollo, lo que, sin duda muestra una contextualización diferente de lo que es la justicia en estos dos ámbitos.

En conclusión, ambos mecanismos —justicia ordinaria e indígena— están reconocidos por la Constitución, esto, como una muestra propia del actual sistema de Estado —el Estado constitucional de derechos y justicia—, el cual, propone la aplicación de mecanismos plurales, pero, la propia norma constitucional coloca algunos límites generales a su aplicación: los derechos humanos y la Constitución; además, identifica otros límites como son: su territorio, que sean conflictos internos, que sean miembros de la comunidad, etc.

El análisis ha mostrado el aporte significativo que han realizado los jueces constitucionales y el rol que tienen estos en el desarrollo del Estado constitucional de derechos y justicia, y como parte de este, en el pluralismo jurídico, al momento que han determinado límites específicos a la justicia indígena; uno de estos límites específicos, es cuando se debe sancionar un caso en el cual se considere el derecho a la vida; para esto, la Corte Constitucional ha indicado que:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de 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, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.³¹²

Con lo cual, nuevamente recalcan el hecho de que la aplicación de la justicia indígena a parte de ser parte propia del pluralismo jurídico es un derecho que tienen las comunidades indígenas, pero que este derecho no es un derecho absoluto, sino, que se encuentra limitado por la Constitución.

³¹² *Ibíd.*, 35.

5.4. *La inclusión de nuevos derechos en el Estado constitucional de derechos y justicia: el derecho a la naturaleza y el Sumak Kawsay*

Como se había indicado, cuatro son los elementos formales con los cuales se identifica al nuevo constitucionalismo latinoamericano: 1. La originalidad, 2. La amplitud, 3. La complejidad y 4. La rigidez.³¹³ Con respecto a la originalidad, Roberto Viciano y Rubén Martínez, indican que se puede hacer referencia al contenido innovador que tienen las Constituciones que forman parte de este nuevo constitucionalismo latinoamericano. En el caso ecuatoriano, el contenido innovador se ha plasmado en la inclusión de nuevos derechos, muchos de ellos son parte del catálogo de derechos del Buen Vivir.

Buen Vivir, es la traducción que tiene el principio Kichwa *Sumak Kawsay*, el cual, es uno de los elementos centrales del Estado constitucional de derechos y justicia. Existen varias concepciones respecto al *Sumak Kawsay*, por ejemplo:

Ariruma Kowii sostiene que el *sumak kawsay*: “Es una concepción andina ancestral de la vida que se ha mantenido vigente en muchas comunidades indígenas hasta la actualidad. *Sumak* significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y *kawsay*, es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis, el *sumak kawsay* significa la plenitud de la vida.”³¹⁴

³¹³ Como se expuso en el numeral 4.2.2. *Elementos materiales y formales, comunes al nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Roberto Viciano y Rubén Martínez, indican que son cuatro las “características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).”*

* Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 38.

³¹⁴ Centro de derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, “El Buen Vivir y su tutela jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana”, *Serie Investigación No 5*, 19.

Como se observa, resulta difícil contextualizar el término *Sumak Kawsay*, primero, porque no nace de una costumbre ni idea occidental, sino, que es un principio propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, de allí que, Alberto Acosta ha indicado que “una de las mayores amenazas para el buen vivir, su uso como noción simplista, carente de significado o asociado al “bienestar occidental”; desconociendo su emergencia desde las culturas ancestrales”;³¹⁵ y segundo, por la complejidad que engloba los elementos que conforman el término, pero “Un punto fundamental en el que coinciden diversos autores que han reflexionado sobre el *sumak kawsay* es que desde esta concepción el ser humano y la naturaleza están unidos; no existe la separación ser humano (sujeto) / naturaleza (objeto) tan presente en la visión occidental.”,³¹⁶ es por ello, que el derecho a la naturaleza tiene un valor especial en la Constitución del Ecuador.

La palabra “naturaleza”, aparece desde el Preámbulo de la Constitución, la cita textual expone que: “CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”,³¹⁷ de esta forma se identifica que somos parte de la naturaleza —o Pacha Mama como lo identifica el artículo 71 de la Constitución—, y que esta, es un elemento vital para la existencia. Es así que, no resulta extraño que el texto constitucional recoja un capítulo sobre la naturaleza, identificándola como sujeto de derechos.

Los derechos de la naturaleza se centran en: el respeto integral a la existencia, el mantenimiento y la regeneración; a la restauración; a que se restrinjan las actividades que tiendan a producir la extinción de especies, la destrucción del ecosistema o la alteración; y a la prohibición de introducción de material genético.³¹⁸

Este avance en la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos, no se ha mostrado únicamente en la Constitución del Ecuador —pese a que fue la primera—, sino que también, lo ha hecho la Constitución Boliviana, “En las dos constituciones, este

<<https://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/Buen+Vivir+y+la+Tutela+Jur%C3%ADdica.pdf/b5267960-932b-4b1a-90fe-2508f1b7ebc2>>.

³¹⁵ *Ibíd.*, 19.

³¹⁶ *Ibíd.*, 19.

³¹⁷ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), preámbulo, 15.

³¹⁸ Véase los artículos 71, 72, 73 y 74 de la actual Constitución del Ecuador.

sujeto se fundamenta en las cosmogonías de las naciones indígenas andinas. La Pachamama, la madre tierra, es un ser vivo para estas naciones”,³¹⁹ lo que, en el caso ecuatoriano, está relacionado directamente con el principio del *Sumak Kawsay* o Buen Vivir, esto, le ha otorgado el estatus de sujeto de derechos en la narrativa constitucional, “En cuanto que no puede actuar jurídicamente por si mismo, debe ser protegido por los seres humanos”,³²⁰ en este contexto, cualquier persona y el Estado pueden actuar jurídicamente para protegerla.

Como lo expone Daniel Bonilla, el texto constitucional boliviano, no va tan adelante como lo ha hecho el ecuatoriano ya que “La Constitución de Bolivia reconoce la existencia de la Pachamama como una deidad y la construye como un principio normativo que debe guiar al Estado”,³²¹ esto si bien, también es un avance, pero no lo es significativo como lo ha marcado la Constitución del Ecuador. La crítica que se realiza a los sistemas antropocéntricos, que han estado implícitos en las formas dominantes de interpretar la teoría del constitucionalismo moderno, se destruye con la construcción vertical de la relación que existe entre la naturaleza y los seres humanos, en el nuevo mecanismo de Estado como el ecuatoriano. Con el anterior momento,

La naturaleza, al ser susceptible de aplicación, siguiendo la máxima clásica del derecho romano, puede ser usada, aprovechada y abusada. El derecho individual de propiedad permite el *usus*, el *fructus* y el *abusus* de la cosa. Esta nueva construcción jurídica, la naturaleza como sujeto de derechos, por tanto, pone en cuestión el dualismo seres humanos/naturaleza que atraviesa al derecho antropocéntrico moderno. Los seres humanos no son entidades separadas de la naturaleza; son parte de ella; son una creación más, una parte de este ser vivo que comprende todo lo que existe. La naturaleza es un sujeto de derechos omnicompreensivo y atemporal.³²²

³¹⁹ Daniel Bonilla, “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina”. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista Derecho del Estado*, n° 42 (enero- abril 2019): 3-23, 13.

³²⁰ *Ibíd.*, 13.

³²¹ *Ibíd.*, 13.

³²² *Ibíd.*, 14.

En ese contexto, la naturaleza permite la existencia de todo, como lo indica el preámbulo de la Constitución del Ecuador; de esta forma, se construye la idea horizontal de la relación que existe entre los seres humanos, la naturaleza y sus elementos.

Desde otra perspectiva, la Corte IDH también se ha pronunciado en el tema de los derechos de la naturaleza, y el método que ha utilizado es la Opinión Consultiva; además, para proponer esta, se ha tenido que tomar en consideración la hermenéutica jurídica progresiva y conceptos como “vida digna”, para determinar el “reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos”,³²³ como bien lo afirma el Tribunal Interamericano, esto se inicia desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Corte IDH ha manifestado que:

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros.³²⁴

Con ese antecedente, el derecho a un medio ambiente sano, resulta de especial importancia ya que la degradación del mismo puede causar daños irreparables en las personas, por ello, que debe ser considerado un derecho fundamental.

La visión de la Corte IDH, también ha tomado en consideración en el derecho a la naturaleza como un derecho autónomo que protege los derechos específicos como: “al medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas

³²³ Corte IDH, “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos”, *Opinión Consultiva OC-23/17*, (15 de noviembre de 2017), párr. 52.

³²⁴ *Ibid.*, párr. 59.

individuales.”; pero también han desarrollado jurisprudencia respecto a la interdependencia que existe entre el derecho a un medio ambiente sano y los otros derechos, de allí que la Opinión Consultiva expone que:

Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en si mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.³²⁵

En este contexto la Corte IDH identifica 3 momentos: en un primer momento, la idea utilitarista en la cual se toma en consideración el uso que puede tener el medio ambiente para el ser humano; segundo, los efectos que puede causar el daño al medio ambiente a otros derechos como el derecho a la salud, la vida o la integridad personal; y tercero, la importancia que tiene el medio ambiente con los demás organismos vivos que están en el planeta.

En este contexto, el Tribunal Interamericano ha indicado que el derecho al medio ambiente no se promueve por el primer —la idea utilitarista— ni por el segundo —por los efectos que puede causar en otros derechos— momento, sino, específicamente por el tercero, por la importancia que tiene el medio ambiente con todos los organismos vivos que existen en el planeta.

Como se observa, la Corte IDH ha tenido dos momentos —que a mi criterio resulta un proceso progresivo— en una primera parte, toma en consideración la connotación individual y colectiva del derecho al medio ambiente, en el cual desarrolla la interdependencia que existe entre los derechos, con lo cual, logra identificar la vinculación que tiene el derecho al medio ambiente con los derechos humanos. Y, en

³²⁵ *Ibíd.*, párr. 62.

un segundo momento, cuando se toma en consideración al medio ambiente como elemento importante de todos los seres vivos.

Entonces, si bien se puede entender que existe un avance progresivo por parte de la Corte IDH, en el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano —a través de los momentos anteriormente indicados—, este, no ha sido tan significativo como lo ha desarrollado la normativa ecuatoriana, la cual se ha servido de la conceptualización del término Estado constitucional de derechos y justicia, y dentro de esta, a los principios de *Sumak Kawsay* y Buen Vivir —como se expuso anteriormente—, para establecer a la naturaleza no únicamente como un derecho de las personas a un medio ambiente sano, sino a la naturaleza como sujeta de derechos; de allí, que en el Estado ecuatoriano, se unen de manera directa la naturaleza y los derechos humanos a través del nuevo mecanismo de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, por efectos de la construcción conceptual que tiene actualmente el Ecuador.

Capítulo Tercero

El sistema de garantías constitucionales en el Ecuador

Introducción

Una de las innovaciones que ha tenido el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es la incorporación de nuevos derechos, derechos que en sistemas comparados, aún no han sido reconocidos completamente por los Estados. Esta incorporación, ha sido resultado de un proceso en el que se han visibilizado movimientos sociales, especialmente el movimiento indígena en los procesos constitucionales de Ecuador y Bolivia.

En este contexto, la incorporación de nuevos derechos propone que estos a su vez, sean garantizados de manera efectiva por arte del Estado, más aún, teniendo en consideración que la obligación de proteger los derechos humanos no es una acción imperativamente impuesta a los jueces, sino a todos los funcionarios, instituciones y poderes públicos; lo cual implica, una responsabilidad de mantener mecanismos específicos para protegerlos. Esta última acción, se incrementa cuando simultáneamente se recogen estándares internacionales de derechos humanos, para lo cual, se deben mantener procesos de adecuación de las normas internas.

La incorporación de nuevos principios plurales como es el caso del *Sumak Kawsay*, y de instituciones inclusivas como el *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, han marcado las nuevas formas de garantizar los derechos por parte del Estado ecuatoriano.

Con estos antecedentes, el presente capítulo tiene como objetivo hacer un análisis del sistema de garantías constitucionales que tiene Ecuador a partir de 2008, año en el que se le reconoce como un Estado *constitucional de derechos y justicia*.

Como se observará, el capítulo vincula algunos argumentos, como es el caso de las obligaciones del Estado: la obligación de garantizar y la de adecuación de las normas a los estándares internacionales —temas que fueron desarrollados en el primer capítulo— y que además vincula temas como el sistema de garantías de Ferrajoli, el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el estado constitucional de derechos y justicia.

También, profundizará el tema del *Sumak Kawsay* y algunos elementos propios del constitucionalismo regional y especialmente del ecuatoriano.

El presente capítulo se encuentra dividido en dos partes: en la primera, se analizan las garantías y la Constitución; para este análisis se presentan algunos conceptos relativos a las garantías y cómo éstas han tenido especial relevancia en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En la segunda, se desarrollan los tipos de garantías constitucionales existentes en Ecuador; además, se realiza un análisis especial de las garantías jurisdiccionales, con excepción de la acción por incumplimiento.

Derivado de este análisis, se obtendrán los argumentos necesarios para en el próximo capítulo: el análisis de la acción por incumplimiento.

1. Las garantías y la Constitución: una primera aproximación

Después de desarrollar las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y al haber identificado como una de estas, *obligación de garantizar*,³²⁶ en esta parte del capítulo, se tiene como objetivo, el analizar las garantías y el constitucionalismo, para que de esta forma, se pueda tener un argumento para conocer las garantías constitucionales en Ecuador, las cuales, forman parte del sistema de garantías desde el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. De esta forma, posteriormente se podrá hacer una introducción del estudio en el *estado constitucional de derechos y justicia*.

Recapitulando, el análisis sobre los sistemas de Estado, partió con el estudio del Estado de Derecho, organización que se institucionalizó como una respuesta al Estado absolutista; además, fue una de las herramientas con las cuales se pudo iniciar un proceso de protección normativo que limitaría el ejercicio del poder por parte del Estado y sus gobernantes, en contra de los ciudadanos. Ésta limitación, como se indicó en el capítulo anterior, fue por la existencia de la propia norma, la que en un inicio marcaba un control basándose en la legalidad y en los principios de generalidad y abstracción. La ruptura de este sistema —originada por problemas en la propia ley— inició cuando

³²⁶ En el SIDH, artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce como obligaciones generales: *respetar y garantizar* los derechos humanos; además en el SUDH, se identificó que las obligaciones del Estado son: *promover, cooperar, asegurar, respetar, garantizar y adoptar medidas*.

ésta empezó a servir únicamente a un grupo de personas, lo que trajo como consecuencia una norma superior: *la Constitución*.

El concepto de *Constitución* como tal, no es una innovación del *Estado constitucional*, ya que éste apareció en el Estado de Derecho. Lo que se reconoce del Estado constitucional es: la supremacía de la *Constitución*, la integración de las reglas y los valores en una sola norma y el agrupar en una ley (superior) el aspecto formal y material.

Este nuevo sistema (Estado constitucional), que se nutre de una carga fuerte de derechos fundamentales en las Constituciones, se perfecciona en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es un sistema en el cual, se logran aterrizar las aspiraciones formales de la *Constitución*, en acciones reales (materialidad). Es decir, por una parte, existen sistemas de garantías como los expuestos por Luigi Ferrajoli, pero el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, busca que no existan lagunas (como las reconoce Ferrajoli), a través de la implementación de mecanismos innovadores y participativos. Esto muestra un avance significativo en la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos. Ahora bien, como lo afirman Antonia y Florentina Navas:

No solo el reconocimiento de los derechos y libertades define un Estado como Estado constitucional y democrático, en la actualidad, pues de nada sirve que la Constitución consagre un catálogo de derechos y libertades si, al mismo tiempo, no establece los mecanismos que permiten garantizar, al ciudadano, el ejercicio de los derechos que constitucionalmente se le reconocen, y es que, como advierte TORRES DEL MORAL “los derechos valen jurídicamente lo que valen sus garantías”.³²⁷

Es por ello que para muchos autores resulta errado reconocer derechos de manera progresiva, así como lo han hecho las Constituciones del *nuevo constitucionalismo latinoamericanas*; es decir, resulta peligroso reconocer derechos que el propio Estado no va a poder garantizar, porque este mismo sería el primer violador de los derechos a causa del reconocimiento indiscriminado de derechos. No obstante, también se debe indicar que el reconocimiento de estos derechos es una de las características mayormente resaltadas por varios autores y una de las características más importantes del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

³²⁷ Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 347.

En este contexto, las garantías constitucionales deben estar simultáneamente desarrolladas para garantizar estos nuevos derechos. Como lo expone Ferrajoli: debe existir un sistema de garantías que proteja estos nuevos derechos.

Considero que la brecha principal es esa, que las garantías cumplan con el objetivo de proteger todos los derechos que han sido reconocidos por los nuevos sistemas constitucionales latinoamericanos. Si bien, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* ha sido innovador para proteger derechos que no han sido reconocidos en otros sistemas, estas Constituciones también recogen nuevos mecanismos para garantizar los derechos incorporados. Lo importante de esto es conocer si estos nuevos mecanismos son lo suficientemente adecuados para proteger todos los derechos reconocidos.

Uno de estos nuevos derechos en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es el derecho de la naturaleza, el cual, en países como Ecuador y Bolivia tiene trascendental importancia.³²⁸ La Naturaleza en estas Constituciones, es reconocida como sujeto de derechos, de protección constitucional, una innovación que ha sido plantada únicamente en estos dos países. Es por ello que, hasta cierto punto se podría decir (*a priori*) que las garantías desarrolladas por otros Estados y desarrolladas por varios autores, resultan ineficaces o abstractas, por la misma complejidad que resulta la incorporación de estos derechos dentro del mecanismo de protección constitucional, más aún, cuando esta incorporación no ha sido únicamente el reconocimiento del derecho, sino la inclusión de un sistema plural propio de estos dos Estados. En este contexto, es importante recordar que la obligación de proteger los derechos humanos,

³²⁸ Como lo expone Patricio Pazmiño, “Los “derechos colectivos” y “ancestrales” forman parte del grupo más novedoso de derechos reconocidos en el derecho internacional de derechos humanos, como también en cada una de las legislaciones de los Estados democráticos. Estos pueden ser concebidos como aquellos derechos que permiten el pleno desarrollo del ser humano como miembro de una colectividad y que, a la vez, permiten el reconocimiento de ésta en la sociedad. Es más, el vínculo que existe entre los derechos de la colectividad y de las personas que las conforman generan un destino común, por el cual, los derechos de la primera no pueden desarrollarse sino se garantizan los derechos de las segundas y, de la misma forma, los derechos de estas no pueden desarrollarse sin la garantía de los primeros.”*

* Patricio Pazmiño, “La justiciabilidad de los derechos constitucionales: ¿meta o camino?”, en *Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional*, (Quito: FLACSO, 2010), 145.

no esta atribuida únicamente a los jueces, sino también, a los diferentes poderes del Estado como el Legislativo y Ejecutivo, y en si, a todos los funcionarios públicos.³²⁹

Ahora bien, es por ello que “desde la propia Constitución, se habrá de garantizar el pleno disfrute de los derechos y libertades, así como el propio orden constitucional al que sirven de fundamento”,³³⁰ con la finalidad de que tanto los derechos como sus sistemas de garantías se encuentren al mismo nivel para que puedan ser efectivas. Desde esta perspectiva, las garantías podrían ser definidas como “aquellos mecanismos que se establecen desde la norma, en defensa de los derechos y libertades y de la propia supremacía de la Norma Constitucional”;³³¹ que no solo se observan en el ámbito latinoamericano, sino en también en el internacional universal y europeo.³³²

2. El sistema de garantías constitucionales en el Ecuador

El *estado constitucional de derechos y justicia*, es una propuesta propia del Ecuador, este sistema es parte del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, pero no porque sea una propuesta nueva e innovadora, no se puede dejar de formular un análisis académico desde una perspectiva con la aplicación de diferentes teorías propias de la materia, una de estas, la de Luigi Ferrajoli.³³³

³²⁹ No se puede dejar de resaltar que el Estado tiene varias obligaciones en el ámbito internacional frente a los derechos humanos, es por ello que se recomienda ver el primer capítulo del presente trabajo.

³³⁰ Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 347.

³³¹ *Ibíd.*, 347.

³³² Como lo exponen Antonia y Florentina Navas, “suele ser habitual establecer, desde el Texto Constitucional, las garantías precisas para lograr la efectividad de los derechos y libertades, efectividad pretendida, también, desde el ámbito internacional universal y europeo, al encontrarse reconocidos, también en estas esferas, determinados derechos y libertades que deben ser objeto de protección”.*

* Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 347.

³³³ Véase el segundo capítulo del presente trabajo, titulado: El Estado constitucional de derechos y justicia: una respuesta a los procesos eurocéntricos; específicamente el numeral 3: Del Estado de derecho (legislativo y constitucional) al sistema de garantías de Ferrajoli.

Ferrajoli afirmó que todos los derechos deben tener un sistema de garantías para que estos puedan ser exigibles, de lo contrario, estos derechos serían considerados *derechos de papel* e implicaría un estancamiento formando una *laguna jurídica*; es decir, un vacío normativo que debe ser solucionado. Es por ello que el Ecuador para poder proteger todos los derechos reconocidos en la actual Constitución, debe aplicar un sistema de garantías que este alineado simultáneamente a los derechos y de esta forma solventar las necesidades reales de protección.

En este contexto, con la finalidad de acoger la clasificación de las garantías de los derechos, Agustín Grijalva, presenta dos tipos de clasificaciones: las identificadas según su alcance y las que refieren a los sujetos que las presentan.

Con relación a la primera clasificación (según su alcance), el autor expone que esta división se fundamenta en la consideración que debe existir sobre “garantía”; esta, debe ser conceptualizada como una obligación propuesta para efectivizar un derecho constitucional, también indica que estas pueden ser primarias y secundarias.

Las *garantías primarias o sustanciales* se refieren a obligaciones o prohibiciones correspondientes a estos derechos. Mediante estas garantías tanto los poderes públicos como los particulares están obligados a realizar ciertas prestaciones y omitir ciertas conductas lesivas a efectos de que la protección de los derechos sea efectiva. En contraste, las *garantías secundarias* consisten en obligaciones específicamente de los órganos que deben sancionar o anular actos violatorios de derechos constitucionales, es decir actos contrarios a las garantías primarias, cuyo prototipo son los jueces.³³⁴

Entonces, los ejemplos más claros de garantías primarias son la rigidez o la reserva de la ley, porque obligan a los poderes como el Legislativo. En cambio, las garantías secundarias son la acción de protección, la acción de inconstitucionalidad, que se activan cuando las garantías primarias han sido violadas. En el caso de nuestro estudio, son estas últimas (garantías secundarias), las que tienen mayor interés ya que una de estas es el objeto central del presente estudio.

³³⁴ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 242.

Tabla 7			
Clasificación de las garantías según su alcance			
Tipo de Clasificación	Tipo de Garantía	Quien la propone o controla	Ejemplos
Clasificación, según su alcance	Garantías primarias o sustanciales	Propuestas por el Legislativo	Rigidez Constitucional Reserva de la Ley
	Garantías secundarias	Control por parte de los jueces	Acción de inconstitucionalidad Acción de Amparo, etc.

Elaboración del autor. Fuente: Agustín Grijalva, Constitucionalismo en Ecuador.

Con relación a la segunda clasificación que referente a los sujetos que las presentan, esta dividido en dos clases: garantías institucionales y sociales; “Las *garantías institucionales* corresponden a las diversas instituciones o poderes públicos, en contraste, las *garantías sociales* son ejercidas por los propios titulares de los derechos ya sea mediante participación directa o indirecta”;³³⁵ los ejemplos más representativos de participación directa son los referéndums, las iniciativas de reformas legales o constitucionales, sistemas de control ciudadano y participación, etc. En cambio, un ejemplo de participación indirecta es la intervención de los ciudadanos en procesos electorales para seleccionar a los representantes, los cuales serán a futuro quienes regulen los derechos constitucionales.

Por otra parte, las garantías institucionales, se dividen en: políticas y jurisdiccionales; “Mientras las *garantías políticas* consisten en garantías primarias en cabeza de órganos de tipo legislativo y ejecutivo, las *garantías jurisdiccionales* están encargadas a los jueces e incluyen sanciones o reparaciones.”³³⁶ Además, Grijalva indica que existe un tercer grupo que se podrían llamar *garantías semijurisdiccionales o semipolíticas*, que son las

³³⁵ *Ibíd.*, 243.

³³⁶ *Ibíd.*, 244.

representadas por instituciones independientes del poder Ejecutivo o Legislativo, como es el caso del Defensor del Pueblo.

Con este antecedente, Grijalva propone un concepto más reciente de *garantías constitucionales*, el que considero, es el más adecuado a la realidad ecuatoriana ya que como lo expone el propio autor, nace del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. También indica que: “En este plano, las garantías constituyen, en palabras de Peces-Barba, un conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales. Este conjunto es a la vez amplio y complejo pues incluye principios, normas, técnicas, procedimientos e instituciones tanto sociales como estatales predispuestas para la defensa de estos derechos”.³³⁷ Este concepto, se aplica en el contexto ecuatoriano, ya que el Estado tiene un bagaje amplio de derechos lo que *a priori*, podría mostrar la necesidad de formular un sistema complejo de garantías.

³³⁷ *Ibíd.*, 241.

Tabla 8			
Clasificación de las garantías según los sujetos que las prestan			
Tipo de clasificación	Tipo de garantía	Subdivisión	Ejemplos
Clasificación, según los sujetos que las prestan	Garantías sociales	Participación directa	Referéndum, Reforma Constitucional, etc.
		Participación indirecta	Elección de representantes para que estos luego regulen los derechos constitucionales
	Garantías institucionales	Garantías políticas	Encargadas al: Ejecutivo, y Legislativo
		Garantías jurisdiccionales	Encargadas a los Jueces
		Garantías semijurisdiccionales o semipolíticas	Encargados a entes que no pertenecen al Ejecutivo, ni al Legislativo. Ejemplo: Defensor del Pueblo

Elaboración del Autor. Fuente: Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*³³⁸

El nuevo *constitucionalismo latinoamericano*, presenta varios requisitos formales: originalidad, amplitud, complejidad y rigidez;³³⁹ estos, como se observó se aplican en su

³³⁸ *Ibíd.*, 243- 244.

³³⁹ En el capítulo anterior se desarrollo los requisitos del nuevo constitucionalismo latinoamericano; en conclusión se expuso que: La originalidad, que se concreta a través del reconocimiento de derechos que en varios sistemas aún no son reconocidos; la amplitud, en relación a la extensión de sus artículos en la

totalidad en la Constitución del Ecuador al proponer un sistema de garantías, el cual es recogido de manera independiente en el título tercero de su texto normativo, siendo estas:

Tabla 9				
Garantías Constitucionales en el Ecuador				
Garantías Constitucionales	Artículo Constitucional	Tipo de Garantía		
Titulo III de la Constitución del Ecuador ³⁴⁰	Art. 84	Garantías normativas		
	Art. 85	Garantías de política, servicios públicos y participación ciudadana		
	Varios artículos constitucionales	Garantías institucionales		
	Desde el art. 86 al art. 94	Garantías jurisdiccionales	Acción de protección	
			Acción de hábeas corpus	
Acción de acceso a la información pública				
Acción de hábeas data				

protección de los derechos; la complejidad, con la cual logran conjugar elementos técnicos y hacerlos exigibles; y la rigidez, que se ha plasmado para poder modificar la Constitución a través de un control del pueblo para modificarlo.

³⁴⁰ Si bien, las garantías institucionales no se encuentran dentro del Título III de la Constitución del Ecuador, para poder agrupar todas las garantías constitucionales se encuentra dentro del cuadro; pero, como se observa en el cuadro sobre los artículos que reconocen estas garantías, se ha colocado “Varios artículos Constitucionales”; ya que, como se verá más adelante, las garantías institucionales están representadas por instituciones que protegen los derechos humanos, como es el caso de la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General del Estado, etc. Estas instituciones, tienen su propio espacio en la Constitución del Ecuador, por lo que no se puede hacer referencia a todos los artículos respectivos.

		Acción por incumplimiento
		Acción extraordinaria de protección

Elaboración del autor. Fuente: Normas del SUDH.

Según Grijalva, el reconocimiento de este tipo de Garantías en la Constitución del Ecuador, propone la existencia de “múltiples mecanismos, a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones y autoridades estatales a respetar y desarrollar los derechos humanos”.³⁴¹ Esta afirmación concuerda, con lo desarrollado hasta el momento para contextualizar el sistema ecuatoriano, ya que “la noción de garantía constitucional subraya el hecho de que son todas las funciones del Estado, todas las autoridades públicas y en ocasiones los particulares, y no solo los jueces, los obligados a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que establece la Constitución”,³⁴² es decir, se trata de plantear una visión de los derechos que limite al poder estatal y que el Estado a través de todo su sistema (jueces, funcionarios, políticas, etc.), trabajen para proteger los derechos consagrados en la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos.

Este mecanismo, en la cual se prioriza los derechos sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, es una de las partes medulares del *estado constitucional de derechos y justicia*.³⁴³ Es por ello que como se había indicado, el reconocimiento de sistemas de garantías propios e innovadores proponen un proceso no únicamente formal, sino material que puede dar respuesta a problemas reales; por tanto, a continuación se desarrollan cada uno de estos sistemas de garantías resaltando el carácter innovador que formula cada uno de los mecanismos de garantías constitucionales del Ecuador.

³⁴¹ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 251.

³⁴² *Ibíd.*, 252.

³⁴³ Véase el segundo capítulo del presente trabajo, específicamente el numeral 5 que refiere a “El constitucionalismo ecuatoriano, una propuesta con el “Estado constitucional de derechos y justicia””.

2.1. *Las garantías normativas*

En varios sistemas de Estados, la norma tenía un papel fundamental, basta con recordar el desarrollo presentado en el capítulo anterior en el que se pudo mostrar la función de la norma en el Estado de Derecho y la Constitución en el Estado constitucional. La actual Constitución del Ecuador, propone un paso significativo en la evolución de la norma, al implementarla como un sistema de garantía, con el título de *garantías normativas*.

Como *garantías normativas*, se puede entender “a todas aquellas disposiciones constitucionales que, sin incidir directamente en materia de derechos y libertades, se dirigen a la defensa de los mismos, bien porque supongan una limitación a la actuación de los particulares, bien, y muy especialmente, porque supongan una limitación a la actuación de los poderes públicos.”.³⁴⁴ El sistema de garantías normativas, tiene esencialmente tres objetivos: 1. Respetar los mandatos constitucionales con el objetivo de que ninguna norma inferior pueda estar en contra de esta; 2. Que se respeten los derechos que están reconocidos en la Constitución con el propósito de protegerlos de una posible limitación; y 3. Que no se modifique su contenido. Es por ello que, los ejemplos más claros de las garantías normativas son: “la rigidez constitucional, la reserva de ley, y la noción de contenido esencial de los derechos”.³⁴⁵ Ahora bien, el artículo 84 de la Constitución del Ecuador establece que:

³⁴⁴ Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 348.

³⁴⁵ Agustín Grijalva, al hacer una exposición de las garantías normativas, las menciona como garantías políticas, y señala que “Su función consiste en evitar la modificación arbitraria de los derechos constitucionales y velar por la integridad de su sentido y función. Estas garantías especifican el contenido, obligaciones y sujetos de los derechos a efectos de protegerlos frente al poder del Estado. Son garantías que, como se ha dicho, tienen una naturaleza institucional y se hallan encomendadas a los órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo. Este tipo de garantías son denominadas por Pérez Luño como *garantías normativas*, que es la denominación adoptada por la Constitución de Montecristi [...] Los ejemplos más claros de garantías normativas o políticas como se mencionó anteriormente son: la rigidez constitucional, la reserva de ley y la noción de contenido esencial de los derechos”.*

* Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 245.

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.³⁴⁶

Como se observa, el sistema de *garantías normativas* propone un mecanismo de control a la formulación de las leyes. Este sistema de control, en el Ecuador esta dirigido especialmente a la Asamblea Nacional, la cual se encarga de la promulgación de las normas. En este contexto, la Constitución al igual que la Convención Americana, propone una adecuación de las leyes del Estado a los principios constitucionales.³⁴⁷

En el primer capítulo, en el cual se desarrolló las obligaciones de los Estados frente a los derechos humanos, se indicó la necesidad de que las normas tengan una adecuación desde dos vertientes: primero, que las normas emitidas luego de la ratificación de la Convención Americana, debían ser compatibles con la norma internacional, y segundo, que las normas nacionales anteriores a la firma que no eran compatibles con la Convención Americana, debían ser derogadas.

El sistema de *garantías normativas* formulado por la Constitución del Ecuador, tiene el mismo efecto, pero además de disponer la adecuación de las normas a la Constitución, propone que las normas también se adecuen a los tratados internacionales de derechos humanos. Además, el sistema de *garantías normativas*, presenta un control especial para todas las normas, actos y la propia Constitución, para que a futuro no se atente contra los derechos humanos.³⁴⁸

³⁴⁶ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 84.

³⁴⁷ En el capítulo 1 de este trabajo, se expuso la obligación que tienen los Estados de *Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*, conforme al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual expone textualmente que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”.

³⁴⁸ Como se observó en un párrafo *supra* del presente capítulo, el artículo 84 de la Constitución del Ecuador indica en su parte final que “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos humanos”; formulando un

2.2. *Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana: el Sumak Kawsay como eje central*

La Constitución del Ecuador reconoce de manera conjunta (en un solo artículo), las *garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana*, y establece disposiciones específicas para este sistema. El artículo 85 de la Constitución, en la primera parte, formula una intervención sobre el proceso completo de las políticas públicas, es decir, sobre la formulación, ejecución, evaluación y control.³⁴⁹ Además, este artículo considera un régimen de control a los servicios públicos, lo que representa un mecanismo de verificación para las personas y los actos que son parte del aparato público (servicios públicos y políticas públicas respectivamente). Con esto, lo que se propone es que todo el aparato público garantice los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. A parte, una de las innovaciones que tiene la Constitución del Ecuador, es la participación ciudadana —tema que será profundizado posteriormente— no obstante, pero brevemente se puede mencionar que desde el año 2008 se reconoce la participación de la ciudadanía en el proceso de la política pública,³⁵⁰ hecho no era reconocido en normas anteriores.

El artículo 85 de la Constitución desarrolla 3 disposiciones importantes: primera, que el objetivo de las políticas públicas y de los servicios públicos es el *Buen Vivir*³⁵¹ a través

control en el futuro de la Constitución al prohibir las reformas constitucionales que atenten contra los derechos humanos.

³⁴⁹ El artículo 85 de la Constitución del Ecuador indica que “La formulación, ejecución y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: [...]”; con lo que se establece, que el control se aplica en todo el proceso de la política pública.

³⁵⁰ El artículo 85 de la Constitución establece que “[...] En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”; con esto, se propone que la participación ciudadana es en todo el proceso de la política pública, así como en los servicios públicos.

³⁵¹ Véase el capítulo 2 de la presente Tesis; específicamente “5.2. El Estado constitucional de derechos y justicia”

del principio de solidaridad;³⁵² segunda, la posibilidad de reformular las políticas o servicios públicos en caso de que estos atenten los derechos constitucionales;³⁵³ y tercera, la distribución equitativa del presupuesto del Estado para las políticas, bienes y servicios públicos.³⁵⁴

En el Ecuador, las políticas públicas se encuentran fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), esto conforme al artículo 280 de la Constitución, el cual indica que “El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos [...] Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”;³⁵⁵ el artículo reconoce el término “sector público” de manera general, con la finalidad implicar a las personas, las instituciones y los procesos públicos.

La planificación como actividad no es algo nuevo en la actual Constitución, se remontan al año 1979.³⁵⁶ Lo realmente innovador son dos aspectos principalmente: primero, el proponer un sistema como las políticas públicas bajo un sistema de control para que garanticen los derechos humanos, y segundo, el lograr vincular las políticas públicas con el *Buen Vivir*. Lo que ha generado mayor interés en los diferentes investigadores, ha sido el estudio de este último aspecto, y no es para menos, ya que el concepto de

³⁵² El numeral 1 del artículo 85 de la Constitución del Ecuador establece que: “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientan a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”

³⁵³ El numeral 2 del artículo 85 de la Constitución del Ecuador establece que: “Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.”

³⁵⁴ El numeral 3 del artículo 85 de la Constitución del Ecuador establece que: “El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.”

³⁵⁵ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 280.

³⁵⁶ La planificación en el Ecuador, inicia en el año 1979 cuando se crea la JUNAPLA (Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica), lo que luego fue remplazada por el Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE) en 1979; posterior se crea la Oficina de Planificación (ODEPLAN) y en el 2004, mediante Decreto Ejecutivo No. 1372, se creó la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), la cual tuvo vigencia hasta el 13 de mayo del 2019 fecha en la cual con Decreto Ejecutivo 073 de la misma fecha se crea la secretaria técnica “Planifica Ecuador”.

Buen Vivir tiene una relación directa con un principio ancestral que es el *Sumak Kawsay*; este término, es uno de los reconocimientos que ha hecho la Constitución ecuatoriana, con el cual además, se han introducido varios derechos que no estaban reconocidos en la anterior Constitución. En este sentido, Jorge Benavides para reconocer lo progresivo del término hace una comparación de los derechos que se establecían en la Constitución de 1998 y la de 2008, con lo cual concluye que:

En cuanto a los derechos del buen vivir contenidos en la Constitución de 2008, podemos decir que para algunas opiniones se trata de los derechos económicos, sociales y culturales, pero bajo otra denominación, situación que en mi opinión no es del todo correcta, ya que el número de derechos observados en el actual marco constitucional (16) es mayor que el observado en la Constitución de 1998 (11), así por ejemplo se incluye el derecho al agua. Por otro lado, se excluye otros derechos como, por ejemplo, el de la propiedad dentro del catálogo de los derechos considerados parte del buen vivir. Pero la diferencia principal radica en que los derechos del *Sumak Kawsay*, se constituyen en el objetivo del Régimen de desarrollo, y por tanto son el eje del desarrollo de las políticas públicas.³⁵⁷

Con esto, se logra visibilizar el cambio que presentaba la Constitución anterior a la visión de desarrollo y lo que se propone ahora con el reconocimiento de *Buen Vivir* como parte esencial de las políticas públicas en el Ecuador. La Constitución ecuatoriana, desarrolla varios artículos con los cuales marca las acciones que debe cumplir el Estado, las personas y las colectividades para alcanzar el *Buen Vivir*, de los que se destacan: la relación armónica entre el ser humano y la naturaleza, los procesos y control de las políticas públicas, el desarrollo comunitario, la participación ciudadana y la responsabilidad social frente al medio ambiente.³⁵⁸

Resultaría extenso formular un análisis sobre el *Buen Vivir* y el *Sumak Kawsay*, además, no es el objetivo de esta parte del trabajo, pero no se puede dejar de afirmar que una de las cuestiones más importantes que tiene la actual Constitución del Ecuador es la incorporación de esta terminología ancestral (*Sumak Kawsay*). En este contexto, el

³⁵⁷ Jorge Benavides, “Del bien común al buen vivir”, Luis Ávila Edit., en *Política, justicia y constitución*, (Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 198.

³⁵⁸ Véase los artículos 277 y 278 de la Constitución del Ecuador del 2008.

Ecuador no es el único país que ha acogido un principio ancestral en su norma constitucional, Bolivia en el año 2009 también introdujo el término propio, el *Suma Qamaña*, que traducido al castellano es *Vivir Bien*.³⁵⁹

Como lo afirma la Constitución ecuatoriana, el término *Buen Vivir*, es una traducción al Castellano de la palabra Kichwa *Sumak Kawsay*.³⁶⁰ El término, desde la perspectiva plural, propone la vinculación de tres elementos importantes: lo comunitario (la colectividad), la naturaleza y una visión diferente de desarrollo, con estos elementos se busca llegar a una concordancia entre “los aspectos materiales y espirituales del bienestar (...) [para alcanzar el] equilibrio y armonía entre las distintas dimensiones del ser humano”³⁶¹. Autores como Jorge Benavides, indican que el *Sumak Kawsay*,

como heredero de la filosofía andina requiere para su comprensión, ser descrito como el equilibrio o armonía entre los distintos aspectos de la realidad; y la realidad se asemeja a la idea indígena de *pacha* que contiene al espacio y al tiempo, siendo la base común de tres estratos de lo que entendemos como realidad y que son: *hanaq pacha* o pensar bien, *kay pacha* o hacer bien, y *ukhu pacha* o sentir bien, los cuales se relacionan entre sí. En tal virtud, como lo expresa Carolina Silva, la realidad del ser en la cosmovisión andina se encuentra

³⁵⁹ Como lo expone Jorge Benavides, “Los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Ecuador, han sido los pioneros en el reconocimiento de figuras alternativas propias de las culturas ancestrales, así aparecen el *suma qamaña* o vivir bien, en el caso boliviano, en tanto que, el *Sumak Kawsay* o *Buen Vivir* fue introducido en nuestra Constitución desde el preámbulo y en los artículos 3 número 5, 12, y 275”.*

* Jorge Benavides, “Del bien común al buen vivir”, Luis Ávila Edit., en *Política, justicia y constitución*, (Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 197.

³⁶⁰ En todo el texto constitucional, se afirma que el término *Buen Vivir*, es una traducción del término Kichwa “*Sumak Kawsay*”, es así que en el preámbulo de la Constitución del Ecuador se los ocupa similarmente; por ejemplo se indica que: “Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el *Buen Vivir*, el *Sumak Kawsay*”; esto también se observa en el artículo 270 de la misma norma, en el cual se indica que “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *Sumak Kawsay*”.

³⁶¹ Rafael Domínguez y Sara Caria, “El Buen Vivir como «objeto central de la política pública» de Ecuador”, en *La ideología del buen vivir: la metamorfosis de una «alternativa al desarrollo» de toda la vida*, Pre-Textos para el debate, No 2, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014), 20. «<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3724/1/PRET-002-Dominguez-Car%C3%ADa-La%20ideolog%C3%ADa.pdf>».

determinada por la conjugación de la razón, los sentimientos y los instintos; el *Sumak Kawsay*, por tanto, es el conseguir el equilibrio entre los tres elementos para vivir bien o una existencia plena.³⁶²

Con estos antecedentes, la propuesta en la cual, el PND debe tener como objetivo central el *Buen Vivir* no deja de ser interesante, plural y propia.

Hasta el momento y a partir de la actual Constitución (2008), el PND ha tenido una duración de 4 años (2009-2013, 2013-2017 y 2017-2021); los dos primeros planes, han llevado el nombre de “*Buen Vivir*” y el actual tiene el nombre de “*Toda una Vida*”. Los principios rectores se han mantenido con la finalidad de alcanzar aquellos objetivos de: solidaridad, respeto a los derechos humanos, pluriculturalidad, etc.³⁶³

2.3. *Las garantías institucionales: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como innovación en el 2008*

El sistema de *garantías institucionales*, no es una innovación de la actual Constitución del Ecuador; como lo expone Alfredo Gallego, “La doctrina alemana de los derechos fundamentales tuvo una pronta recepción al publicarse un libro a los tres años de la aprobación de la Constitución de 1978, en el que se utilizaba la expresión *garantía institucional* para explicar la autonomía local”,³⁶⁴ esta afirmación propuso un debate extenso para poder identificar la diferencia entre las garantías institucionales y los derechos fundamentales.³⁶⁵

³⁶² Jorge Benavides, “Del bien común al buen vivir”, Luis Ávila Edit., en *Política, justicia y constitución*, (Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 198.

³⁶³ Véase artículo 85 de la Constitución del Ecuador de 2008.

³⁶⁴ Alfredo Gallego Anabitarte, “La recepción en España de la doctrina alemana de las garantías institucionales y su diferencia de los derechos fundamentales”, en *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1er. ed., (Madrid: Civitas, 1994), 46.

³⁶⁵ Para Alfredo Gallego Anabitarte, las garantías institucionales “pueden ser jurídico-privadas (propiedad, herencia, matrimonio, etc.) y jurídico públicas (autonomía local, función pública, etc.); éste es el dualismo entre garantías de institutos jurídicos y garantías institucionales (en sentido estricto). Además las garantías institucionales (en sentido amplio) pueden estar *referidas a derechos fundamentales* (por ejemplo, garantía escolar, art. 7 de la Ley Fundamental; libertad de la ciencia-autonomía

Para el presente estudio, no resulta de interés el debate que existió sobre esta disyuntiva, es por ello que con la finalidad de tener un punto de partida metodológico, se tomará en consideración el concepto desarrollado por Antonia y Florentina Navas, las cuales exponen que:

Junto a las garantías normativas y jurisdiccionales, se han venido creando una serie de instituciones cuya función principal se centra en la defensa de los derechos y libertades del ciudadano. Este es el Caso del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal, por lo que a nosotros se refiere. Sin embargo, ello no obsta, para que, de un modo más genérico, se configuren también como instituciones de garantía de los derechos y libertades, muy especialmente el Tribunal Constitucional, así como el Poder Judicial, e incluso el Parlamento.³⁶⁶

En el caso ecuatoriano, el sistema de *garantías institucionales*, es un sistema que, si bien no se encuentra reconocido de manera expresa en la Constitución, no quiere decir que no existan; ya que dentro de su estructura organizativa, el Ecuador reconoce las instituciones como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General del Estado, la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional.

Lo que para muchos autores resulta innovador, es que dentro de este sistema de garantías, se haya propuesto la creación de una institución especial, el *Consejo de Participación Ciudadana*. Por ejemplo, para Roberto Viciano y Rubén Martínez, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* apuesta a cambios novedosos como una respuesta “Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo para resolver problemas fundamentales de la sociedad”,³⁶⁷ una de estas respuestas propias del Ecuador es la creación del *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, el cual representa un

universitaria (art. 5.3), nacionalidad (art. 16, Ley Fundamental), grandes comunidades religiosas, (art. 140, Ley Fundamental), o pueden no tener relación con los derechos fundamentales (autonomía local, art. 28.2, independencia de los jueces, art. 97, partidos políticos, art. 21)*.

* Alfredo Gallego Anabitarte, “Contraste con la doctrina alemana: concepto amplio y estricto de garantía institucional”, en *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1er. ed. (Madrid: Civitas, 1994), 79.

³⁶⁶ Antonia Navas y Florentina Navas, “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado Constitucional*, (Madrid: Dykinson, 2009), 354.

³⁶⁷ Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 38.

avance significativo en la institucionalidad del Estado”.³⁶⁸ Al igual que el *Buen Vivir* en las políticas públicas, en la región la participación ciudadana no es un tema que aparece en el 2008, sino que es parte propia del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es por ello que,

Lo que la constitución colombiana de 1991 denomina “Formas de participación democrática”, en el Ecuador de 1998 se denomina gobierno participativo; en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa; y en el Ecuador de 2008, “Participación en democracia”. El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido a través, en muchos casos, de nuevas formas de participación vinculantes. Este factor conecta directamente con la originalidad constitucional a la que se ha hecho referencia, necesaria en el ejercicio de innovación que han planteado las nuevas constituciones, y que en definitiva constitucionaliza varios de los instrumentos de participación y las ansias democráticas del continente.”³⁶⁹

En este contexto, en la Constitución la participación ciudadana puede ser entendida de dos formas: como un derecho, y como un garantía. Como un derecho, reconocido en el capítulo 5, del título II, en el que se desarrollan desde el artículo 61 al 65, los “Derechos de participación”; y a su vez como una garantía, cuando la participación ciudadana fue

³⁶⁸ Como lo exponen Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Desde la aparición del referendo revocatorio en el caso colombiano, hasta la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, pasando por la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes, o la incorporación del concepto de plurinacionalidad en el caso boliviano, la originalidad y la pérdida del miedo a la invención están presentes en todos los nuevos textos latinoamericanos, sin excepción. Los avances han sido particularmente profundos en el ámbito de la institucionalidad, aún cuando se es consciente de la fragilidad en la creación de órganos que muchas veces no solo no forman parte de la tradición constitucional del país, sino que no han sido comprobados en su funcionalidad y utilidad en el marco del diseño constitucional comparado.”*

* Roberto Viciano, Rubén Martínez, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Roberto Viciano Edit., en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 39.

³⁶⁹ *Ibíd.*, 45.

institucionalizada con la creación del *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*.

El *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, es un ente integrado por siete consejeros principales y siete suplentes, estos postulantes deben ser propuestos por las diferentes organizaciones sociales. Dentro de sus deberes y atribuciones, se encuentra el promover la participación ciudadana, establecer sistemas de rendición de cuentas, investigar denuncias sobre actos de corrupción, designar al Procurador, Superintendentes, Defensor del Pueblo, Fiscal General, Contralor General, miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura.

Entonces, si las *garantías institucionales* se representa a través de las diferentes instituciones cuya misión principal se centra en la defensa de los derechos y libertades, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es por si mismo una de esas instituciones, pero también es el ente encargado de la designación de las autoridades que conforman las otras instituciones que son parte del mecanismo de *garantías institucionales*; esta acción que la realiza en Consejo tiene una relevante importancia, como lo afirma Albert Noguera,

En los sistemas de tripartición de poderes, las instituciones de defensa de los derechos de la ciudadanía y de control son nombrados por los propios poderes a quienes tienen que controlar, en España por ejemplo, el Defensor del Pueblo lo nombra el Parlamento, donde tiene mayoría el partido de gobierno y normalmente de entre un mismo miembro de su partido (Art. 54 Constitución española 1978), o el Fiscal General cuya función es promover la acción de justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés colectivo, lo nombra y remueve el Ejecutivo (Art. 124.4 Constitución española 1978).³⁷⁰

El autor indica que este sistema de selección acarrea dos problemas: por un lado, que la labor no se cumpla de manera eficiente ya que tiene que defender a los ciudadanos del poder ejercido por las personas que lo nominaron, y segundo, que las instituciones no representan al pueblo. De acuerdo a esto, “la nueva Constitución ecuatoriana establece que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organizará para la designación de estos cargos “comisiones ciudadanas de selección” encargadas de llevar

³⁷⁰ Albert Noguera, “Participación, Función Electoral y función de Control y Transparencia Social”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 154.

a cabo concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana”;³⁷¹ esta acción que implica un cambio en la Constitución ecuatoriana, es uno de los aspectos más representativos del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

2.4. *Las garantías jurisdiccionales*

El último sistema de garantías que presenta la Constitución del Ecuador, son las Garantías jurisdiccionales; según Antonia y Florentina Navas, “Las garantías jurisdiccionales son las que, de forma más eficaz, protegen los derechos del ciudadano ante una posible vulneración de los mismos, ya que permite instar su tutela ante los órganos jurisdiccionales, ya sea a través de la jurisdicción ordinaria, ya sea a través de la jurisdicción constitucional”,³⁷² con el objetivo de que se restituya el derecho vulnerado. Esto también lo afirma Agustín Grijalva al indicar que las Garantías jurisdiccionales “por su naturaleza son necesariamente garantías secundarias. Están siempre confiadas a tribunales o jueces independientes de los órganos políticos, tribunales o jueces que pueden recibir denuncias de vulneraciones a los derechos y que cuentan con capacidad de sanción”.³⁷³ Esta aseveración propone una primera división de las garantías jurisdiccionales: las primeras, conocidas como ordinarias, que están a cargo de los Tribunales ordinarios; y las segundas, las especiales como el hábeas corpus, el amparo, etc. En este contexto, cuando las garantías ordinarias (como primer filtro) no se aplican, deben actuar las garantías jurisdiccionales de carácter constitucional.³⁷⁴

³⁷¹ *Ibíd.*, 154.

³⁷² Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 349.

³⁷³ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 246

³⁷⁴ Como lo afirma Agustín Grijalva, esta es la primera clasificación de las garantías jurisdiccionales al exponer que: “En efecto, como se expuso, la doctrina realiza una distinción al interior mismo de las garantías jurisdiccionales, diferenciando las *garantías jurisdiccionales especiales* como el amparo o el hábeas corpus, y *garantías jurisdiccionales ordinarias*, entendiendo por tales las confiadas a tribunales ordinarios con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos. Es decir, que

Una segunda división y que se plasma de manera específica en la Constitución del Ecuador de 2008 es la que propone Ramiro Ávila, este indica que las Garantías jurisdiccionales,

se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”, las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”, las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.³⁷⁵

Con estos antecedentes, las Garantías jurisdiccionales se contemplan desde el artículo 86 al 94 de la Constitución del Ecuador; los artículos 86 y 87 establecen las disposiciones comunes, y luego se desarrollan las diferentes garantías: *acción de protección* (art. 88), *acción de hábeas corpus* (art. 89 y 90), *acción de acceso a la información pública* (art. 91), *acción de hábeas data* (art. 92), *acción por incumplimiento* (art. 93) y *acción extraordinaria de protección* (art. 94).³⁷⁶

la justicia ordinaria está obligada a preservar los derechos constitucionales, y en algunos sistemas es cuando ello no ocurre que entran a actuar las garantías jurisdiccionales de tipo constitucional.”.*

* Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 250.

³⁷⁵ Ramiro Ávila, “Las Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 93.

³⁷⁶ En este contexto, autores como Ramiro Ávila consideran dos acciones que se desprenden de las atribuciones que tiene la Corte Constitucional del Ecuador, estas son: las acciones de inconstitucionalidad, que se establece en el art. 436, numeral 2; y la dirimencia de competencias de órganos establecidos constitucionalmente, que se recoge en el Art. 436, numeral 7.* Pero, para el presente trabajo se tomará en consideración únicamente las Garantías jurisdiccionales establecidas expresamente como tales en la Constitución del Ecuador, y desarrolladas en desde el artículo 86 al 93 de esa norma.

*Véase Ramiro Ávila, “Las Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 101.

El reconocimiento de estas garantías, ha propuesto un avance de la Constitución de 1998, ya que en esta última, únicamente se reconoce: el *hábeas corpus*, el *hábeas data*, el amparo y la Defensoría del Pueblo; este último, como una persona encargada de “promover o patrocinar el *hábeas corpus* y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley”,³⁷⁷ más no como una acción propiamente dicha.

2.4.1. Disposiciones comunes para las garantías jurisdiccionales

Si bien las Garantías jurisdiccionales son diferentes —como se verá más adelante—, la Constitución del Ecuador, propone varias disposiciones que son comunes para todas. Estas disposiciones, desarrollan dos aspectos importantes: la titularidad para accionar y los procedimientos generales. Con respecto a la titularidad para accionar, se propone un avance sustancial, ya que en la Constitución de 1998 se restringía (la actuación) únicamente a la persona,³⁷⁸ en cambio, en la actual Constitución “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”,³⁷⁹ es decir, no restringe la facultad únicamente a la persona afectada (al mencionar cualquier persona), sino que la amplía a otras y la extiende a grupos, comunidades, pueblos o nacionalidades. Con esto, se formula una

³⁷⁷ Ecuador, “Constitución Política del Ecuador”, en *Registro Oficial No 1*, 1998, art. 96.

³⁷⁸ Como lo afirma Ramiro Ávila, “La Constitución de 1998 restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional exclusivamente a la persona que actúe “por sus propios derechos”. El Tribunal Constitucional, en múltiples decisiones, determinó que se aplica la teoría del derecho subjetivo. En otras palabras, tanto la Constitución como la jurisprudencia restringieron la posibilidad de conocer y acceder a la justicia constitucional.*

* Ramiro Ávila, “Las Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 94.

³⁷⁹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 86 numeral 1.

herramienta para que estos grupos sociales puedan exigir de manera más efectiva sus derechos.

Con respecto a los procedimientos generales, la Constitución del Ecuador dispone varios actos con los que se trata de disminuir las formalidades considerando que durante este tiempo puede estar consumándose una violación a los derechos humanos. Por ejemplo, el texto indica que el procedimiento para interponer una *garantía jurisdiccional*, debe ser: sencillo, rápido, eficaz y oral, que deben ser hábiles todos los días y horas, que pueda ser propuesta sin formalidades, no es necesario el patrocinio de un abogado.³⁸⁰ Además, al tratarse de una violación a los derechos reconocidos en la Constitución, esta norma dispone que se presuman “ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.”,³⁸¹ y en el caso de no acatar la sentencia, el funcionario público puede ser destituido.³⁸²

Ahora bien, a parte de la Constitución del Ecuador, las garantías jurisdiccionales se regulan por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional (LOGJCC). Para Agustín Grijalva,

La expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en el año 2009 constituyó un hito fundamental para la justicia constitucional en Ecuador. La anterior Ley Orgánica de Control Constitucional fue expedida en 1997 y reguló la justicia constitucional en el periodo de vigencia de la Constitución de 1998. Una situación evidentemente anómala puesto que al ser aquella ley anterior a la Constitución no se ajustaba claramente a la Carta fundamental.³⁸³

La LOGJCC, tiene como objeto “regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los

³⁸⁰ Véase art. 86 numeral 2 de la Constitución del Ecuador.

³⁸¹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 86, numeral 3.

³⁸² Véase art. 86 numeral 4 de la Constitución del Ecuador.

³⁸³ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 255.

instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”.³⁸⁴

Con la creación de un nuevo mecanismo de garantías, específicamente la implementación de nuevos sistemas de garantías jurisdiccionales, se veía imperiosa la necesidad de tener una nueva norma que permita aplicar de manera adecuada las garantías descritas. Como lo expone Grijalva, la actual LOGJCC, tiene “en su articulado dos concepciones jurídicas antagónicas. Una de corte garantista, acorde con la Constitución, que busca desarrollar las garantías e instituciones constitucionales. Otra, restrictiva de las garantías, anclada en el formalismo y legalismo, que se expresa en disposiciones de la misma ley de dudosa constitucionalidad”,³⁸⁵ y no es para menos, ya que como se indicó la Constitución del Ecuador propone un sistema alejado de los procesos formales para las garantías jurisdiccionales con el objeto de que puedan ser mecanismos reales de protección. En cambio, la LOGJCC enuncia varios procedimientos formales que deben cumplirse para acceder a la protección.³⁸⁶

Con estos antecedentes, a continuación se desarrollan cada una de las garantías jurisdiccionales (Acción de protección, Acción de hábeas corpus, Acción de acceso a la información pública, Acción de hábeas data, y Acción extraordinaria de protección), a excepción de la acción por incumplimiento, ya que esta será estudiada profundamente en el capítulo 4 del presente trabajo.

³⁸⁴ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 52*, 2009, art. 1.

³⁸⁵ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 256.

³⁸⁶ Como lo expone Agustín Grijalva, “La LOGJCC es un texto normativo cuyo enfoque general se inscribe en estas modernas tendencias del constitucionalismo pero no deja de incluir normas aisladas contrarias a su orientación general. Esta ley introduce modernos conceptos constitucionales y actuales métodos de interpretación que bien pueden contribuir a una importante renovación de la cultura constitucional en el país. Paradójicamente, pese a la clara dirección garantista de la Constitución, la LOGJCC introduce también una serie de restricciones puntuales que apuntan en una dirección contraria, restringiendo inconstitucionalmente en la practica el ejercicio de algunas garantías”.*

* Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 257.

2.4.2. Acción de protección

La primera garantía jurisdiccional, es la *acción de protección*; esta garantía, en la Constitución de 1998 se encontraba reconocida como “amparo”.³⁸⁷ La *acción de protección*, tiene como objeto:

el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.³⁸⁸

Según la actual Constitución, la *acción de protección* mantiene un carácter autónomo, es decir, no posee ninguna restricción ni requisito previo para poder solicitarla; es más, como lo expone el artículo citado, tiene como objeto *el amparo directo y eficaz de los derechos*. Esta aplicación directa (sin restricciones), también se observaba en la Constitución de 1998, cuando se hace referencia al amparo; pero, “El problema central respecto a la forma en que la LOGJCC regula esta garantía es su residualización. Una garantía es residual cuando la acción ante los jueces solo puede ejercerse al no existir otras acciones legales alternativas.”, es decir, si bien la Constitución la considera una garantía autónoma, la LOGJCC la considera residual; esta consideración se visibiliza en el artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, en la cual se establece como requisito, que no exista otro mecanismo de defensa judicial para poder presentarla, lo que ha servido para que jueces pongan de argumento para negar las solicitudes.

Entonces, resulta paradójico que “bajo una Constitución más garantista que la de 1998, como lo es la del 2008, los jueces ordinarios han disminuido en la práctica los estándares de protección de derechos constitucionales de los ciudadanos”,³⁸⁹ este, no es el único

³⁸⁷ Véase artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998.

³⁸⁸ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 88.

³⁸⁹ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 258.

caso en el que se observa este tipo de incongruencias. Agustín Grijalva, expone algunas hipótesis para argumentar las negaciones aplicando el requisito descrito:

Una de ellas es que muchos jueces utilizan ampliamente la restricción de la LOGJCC para disminuir su carga de trabajo, desembarazándose de las acciones de protección. [...] Otra posible explicación, no necesariamente excluyente de la primera, se refiere a la cultura constitucional formalista y legalista prevaleciente en Ecuador, para la cual los derechos constitucionales son fácilmente sacrificados formalidades secundarias, y a veces las formalidades sustanciales, cuya función es proteger derechos, son inobservadas.³⁹⁰

Esta situación, se empeora con el hecho de que la *acción de protección* no debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional (como era en 1998), sino que debe ser interpuesta ante un juez ordinario.

2.4.3. Acción de hábeas corpus

La *acción de hábeas corpus*, se encuentra reconocida en el artículo 87 de la actual Constitución. Esta garantía jurisdiccional tiene como objeto “recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella de forma ilegal, arbitrario o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”.³⁹¹ Como lo exponen Antonia y Florentina Navas, este tipo de acciones no son diferentes en sistemas comparados, por ejemplo, como lo exponen las autoras, en España:

El procedimiento de Habeas corpus, también se configura como una garantía específica de defensa, pero en este caso, únicamente de la libertad personal. Así es, a través de este procedimiento se persigue evitar la detención arbitraria, facultándose al detenido que pueda exigir ser puesto a disposición judicial, de

³⁹⁰ *Ibíd.*, 258.

³⁹¹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 89

forma inmediata, para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre su inculpación o absolución.³⁹²

De este último tema (la persona que resuelve la acción), la Constitución de 2008 tiene una modificación en consideración a la de 1998; el cambio es sustancial, ya que en 1998 quien resolvía la acción de *hábeas corpus*, era el alcalde,³⁹³ en cambio, en la Constitución de 2008, esta acción es presentada ante un juez ordinario y su apelación se la desarrolla en las cortes provinciales. Además,

Otra innovación importante viene dada por la ampliación del objeto del *hábeas corpus*. La Constitución —acorde con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos— amplía el *hábeas corpus* de aquellas situaciones de detención arbitraria por parte de autoridades públicas, a toda forma arbitraria de privación de libertad, como por ejemplo la causada por un particular en el caso de hospitales públicos y privados. Se destaca además que el *hábeas corpus* protege la vida e integridad física de quienes están privados de su libertad.³⁹⁴

Ahora bien, no todo es positivo en el avance que ha tenido esta acción, uno de los puntos críticos o tropiezos que ha tenido esta garantía tiene que ver “con la inadecuada administración judicial, que no coadyuva a una distribución equilibrada de causas entre los jueces, lo cual lleva a que algunos soporten cargas procesales excesivas, a las cuales se suman ahora las garantías.”;³⁹⁵ entonces, con este avance a los jueces ordinarios se los

³⁹² Antonia Navas y Florentina Navas “El Estado Constitucional como Estado Garante de Derechos y Libertades (II)”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 353.

³⁹³ La Constitución de 1998, en su artículo 93, establece que: “Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al *hábeas corpus*. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención. El alcalde dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliere los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento del recurso.”

³⁹⁴ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 262.

³⁹⁵ *Ibid.*, 262.

constituye como jueces garantes de la Constitución, lo que finalmente representa otra traba en la resolución de las causas, ya que muchos de estos jueces tienen una mentalidad formalista y legalista.

2.4.4. *Acción de acceso a la información pública*

La *acción de acceso a la información pública* por sí mismo, es un avance con respecto a la Constitución de 1998, ya que en ese tiempo no se contemplaba dentro del articulado constitucional un mecanismo específico para proteger el derecho a la información, en ese sentido, la actual Constitución del Ecuador, reconoce esta acción en el artículo 91. La *acción de acceso a la información pública*, tiene por objeto,

garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.³⁹⁶

Si bien esta acción fue creada “antes de la Constitución de 2008, mediante la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”,³⁹⁷ no fue hasta el 2008, que tuvo el nivel constitucional y se instaura como una garantía propiamente dicha.

En este contexto, resulta positivo establecer un mecanismo de protección de un derecho específico a nivel constitucional, pero como lo advierte Agustín Grijalva, “es necesario que esta consolidación normativa se traduzca en una mayor efectividad de las normas en cuanto a su aplicación práctica”³⁹⁸

Es positivo la instauración de esta acción jurisdiccional, pero no se puede olvidar que lo normal es que las autoridades estatales entreguen la información respectiva, y más

³⁹⁶ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 91

³⁹⁷ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 263.

³⁹⁸ *Ibíd.*, 263.

bien la excepción es tener que interponer esta garantía jurisdiccional para acceder a la información pública.

2.4.5. Acción de *hábeas data*

La acción de *hábeas data* ya se encontraba reconocida en la Constitución de 1998, por lo que no es una innovación de la actual Constitución. Lo innovador resulta la inclusión de algunos aspectos específicos que protege la garantía jurisdiccional en la actualidad. Por ejemplo, la Constitución de 1998 establecía que “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.”,³⁹⁹ lo que resulta un tanto restrictiva en comparación con la acción reconocida en la Constitución de 2008, la cual establece que “Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.”.⁴⁰⁰

Con este antecedente, a parte de reconocer el acceso a otro tipo de información como es el caso de datos genéticos, soportes electrónicos, etc. La *acción de hábeas data*, formula la necesidad de pedir autorización al titular cuando se desee difundir información relacionada a los bancos o archivos de datos personales.⁴⁰¹ Además, cuando se refiere a datos sensibles, la *acción de hábeas data*, prevé la adopción de medidas de seguridad necesarias.⁴⁰²

³⁹⁹ Ecuador, “Constitución Política del Ecuador”, en *Registro Oficial No 1*, 1998 art. 94.

⁴⁰⁰ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 92

⁴⁰¹ El artículo 92 de la Constitución del Ecuador establece que “[...] Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular [...]”.

⁴⁰² El artículo 92 de la Constitución del Ecuador establece que “[...] En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”.

2.4.6. *Acción extraordinaria de protección*

La *acción extraordinaria de protección*, es un mecanismo de protección contra “sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.”⁴⁰³ La posibilidad de reclamar contra estos dictámenes se encontraba prohibida en la Constitución de 1998, la cual establecía que “Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional”.⁴⁰⁴

Como lo expone Agustín Grijalva, en el ámbito de este mecanismo se observan dos tendencias: una garantista y una restrictiva de los derechos. La tendencia garantista, “busca regular la acción sin restringirla, de forma que siendo los jueces ordinarios los garantes primarios de la Constitución, la Corte Constitucional actúe subsidiariamente cuando los jueces ordinarios mediante sus decisiones han violado derechos constitucionales.”;⁴⁰⁵ esto se muestra en los artículos 61 y 62 de la LOGJCC, en los cuales se recoge los requisitos para interponer la demanda y las causas de admisibilidad. Los requisitos son accesibles y su única intención es que la acción jurisdiccional no sea considerada una instancia más, sino que se materialice como un mecanismo real de protección frente a las decisiones judiciales.

En la tendencia restrictiva en cambio, “se evidencia en otros artículos de la LOGJCC que apuntan no a una regulación legal necesaria para permitir a los ciudadanos ejercer adecuadamente la acción, sino a una restricción de este ejercicio que viene incluso a ser inconstitucional”,⁴⁰⁶ como se muestra en artículo 62, en los numerales 7 y 8. En el caso del numeral 7, se establece una restricción que son las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral cuando existen procesos electorales;⁴⁰⁷ y, en el caso del numeral

⁴⁰³ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, 2008, art. 94

⁴⁰⁴ Ecuador, “Constitución Política del Ecuador”, en *Registro Oficial No 1*, 1998 art. 276.

⁴⁰⁵ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 260.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, 260.

⁴⁰⁷ La LOGJCC, en su artículo 62 numeral 7, expone: “Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales”.

8 se establece que el recurso únicamente puede sentenciar sobre “asuntos de relevancia y trascendencia nacional”.⁴⁰⁸

Grijalva también indica que estas contradicciones no se ven únicamente en el ámbito normativo, sino también en el aspecto material, ya que:

En algunos casos conocidos por la Corte Constitucional, esta acción ha cumplido adecuadamente su función de resguardar los derechos constitucionales contra decisiones judiciales arbitrarias. En otros casos, no obstante, la violación del derecho constitucional no ha sido claramente identificada, de forma que la actuación de la Corte ha sido criticada como injerencia indebida en la justicia ordinaria.⁴⁰⁹

A esto se le suma, en el ámbito material, lo que se señaló al inicio, ya que muchos abogados consideran a la acción jurisdiccional como una instancia más y no como una garantía de revisión constitucional a los procesos y fallos judiciales.

Recapitulando, existen 6 garantías jurisdiccionales, las cuales han sido desarrolladas de acuerdo a los artículos de la Constitución (del 88 al 94), a excepción de la acción por incumplimiento que se encuentra reconocida en el artículo 94, cada una de estas protege derechos específicos y puede ser interpuesta ante un juez ordinario o ante la Corte Constitucional, de acuerdo al tipo de acción. A continuación, a manera de resumen se presenta un cuadro con el cual se sintetiza los artículos constitucionales, los derechos protegidos y el ente encargado de resolver la acción:

⁴⁰⁸ El numeral 8 del artículo 62 de la LOGJCC, establece “Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”.

⁴⁰⁹ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 260.

Tabla 10				
Garantías jurisdiccionales en el Ecuador				
Constitución del Ecuador	Artículo de la Constitución del Ecuador	Garantía establecida	Objetivo	Autoridad que resuelve
Título III. Capítulo tercero	Art. 88	Acción de protección	Proteger todos los derechos reconocidos en la Constitución.	Juez de primera instancia o Juez ordinario
	Art. 89	Acción de hábeas corpus	Proteger los derechos a la libertad, integridad física y la vida.	
	Art. 90			
	Art. 91	Acción de acceso a la información pública	Acceso a la información pública	
	Art. 92	Acción de hábeas data	Proteger el derecho a la Intimidad (protección información personal) y acceso a la información personal	
	Art. 93	Acción por Incumplimiento	Eficacia del sistema jurídico (aplicación de las normas que integran el sistema jurídico), cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos	Corte Constitucional
	Art. 94	Acción extraordinaria de protección	Proteger los derechos humanos y la seguridad jurídica en lo judicial	

Elaboración del autor. Fuente: Normas del SUDH.

Como se observa, únicamente la *acción extraordinaria de protección* y la *acción por incumplimiento*, son resueltas por la corte Constitucional; es por ello que, para conocer la acción por incumplimiento (tema central del presente trabajo), se debe realizar un análisis previo de la Corte Constitucional y del sistema constitucional existente en el Ecuador. Estos dos últimos temas, previos al análisis de la *acción por incumplimiento*, serán desarrollados en el capítulo 4 del presente estudio.

Capítulo Cuarto

La acción de incumplimiento en el Ecuador

Introducción

La acción por incumplimiento, es una de las innovaciones del Estado constitucional de derechos y justicia, y por ello, una de las propuestas más interesante del nuevo constitucionalismo latinoamericano. No es hasta el año 2008, que se instaura en el Ecuador, con la aprobación de la actual Constitución; como se verá más adelante, es una garantía jurisdiccional única en la región y que vincula aspectos como las sentencias e informes internacionales de derechos humanos y la seguridad jurídica. En este contexto, la seguridad jurídica toma como eje centra a la Constitución, pero no, como una norma propia del Estado de derecho, es decir como una norma superior, sino, como un camino y mecanismo de protección de los derechos como lo establece el Estado constitucional de derechos y justicia.

Esta conceptualización propia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, formula que el presente capítulo incorpore varios conceptos y principios que han sido desarrollados en los capítulos anteriores, con la finalidad, de que se pueda establecer elementos que propongan un análisis crítico de los mecanismos de garantía de los derechos humanos.

Como se ha indicado, el nuevo constitucionalismo latinoamericano y en especial el Estado constitucional de derechos y justicia propone la garantía de nuevos derechos, derechos que han sido desarrollado desde el pluralismo jurídico, los movimientos sociales, etc. Estos nuevos derechos, que abarcan esferas desconocidas para algunos grupos que son parte de la administración de justicia, en el Estado constitucional de derechos y justicia, los jueces no pueden dejar de considerar este tipo de elementos en la garantía de los derechos; mucho menos los jueces constitucionales, ya que si bien, los jueces ordinarios en el Ecuador en algunos aspectos se convierten en jueces constitucionales, no es lo mismo que un juez constitucional, deje de tomar en consideración los elementos propios del Estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador.

El Ecuador con la finalidad de proteger estos nuevos derechos, ha propuesto nuevos mecanismos para la garantía, es por ello, que el presente trabajo propone un análisis de las sentencias, para poder identificar si los jueces han aplicado los principios del Estado constitucional de derechos y justicia, es así que, el presente capítulo se encuentra dividido en tres partes: en una primera parte, se realiza una aproximación conceptual a la acción por incumplimiento, en la cual se tomará en consideración sus objetivos, las instituciones y sus regulaciones.

En una segunda parte, se desarrollará un estudio comparativo de la acción por incumplimiento en los países que son parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es decir, Colombia, Venezuela y Bolivia.

Finalmente, se realizará un estudio de las sentencias a partir del año 2008, fecha en la que entró en vigencia la acción por incumplimiento con la actual Constitución del Ecuador, hasta enero del 2018. En esta última parte, se tomará en consideración las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador durante sus tres periodos: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Primera Corte Constitucional, y la actual Corte Constitucional.

1. La acción por incumplimiento: una aproximación conceptual y normativa

La *acción por incumplimiento*⁴¹⁰ es una garantía jurisdiccional nueva en el Ecuador y ha sido propuesta como una muestra del espíritu garantista de la Constitución de 2008. Esta garantía jurisdiccional, “expresa el énfasis y la preocupación no solo por fortalecer y ampliar los derechos constitucionales, sino además por desarrollar los medios jurídicos de exigencia de los mismos.”⁴¹¹ es decir, formula un interés no únicamente por acrecentar los derechos constitucionales, sino que, insta al fortalecimiento de la estructura propia del *Estado constitucional de derechos y justicia*.

⁴¹⁰ En muchos textos y en las propias Sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana, no se ha utilizado el término acción por incumplimiento, sino que también, se la ha identificado como acción de incumplimiento.

⁴¹¹ Agustín Grijalva, “Justicia Constitucional”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 262.

La acción por incumplimiento de acuerdo a la Constitución tiene como objeto “garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.”;⁴¹² es así, que esta garantía jurisdiccional cita dos conceptos específicos en el texto constitucional: el cumplimiento y la aplicación. En el primero caso —el cumplimiento—,

responde a un análisis de eficacia de la norma, es decir, posee un enfoque jurídico ligado a los efectos inmediatos que produce; político, en cuanto a la satisfacción de los objetivos sociales para los cuales fue establecida, y sociológico, que hace referencia al grado de cumplimiento por parte de los destinatarios de dicha norma, denotándose que el incumplimiento de las normas acarrea una afectación a la garantía básica de la seguridad jurídica, pues esta se determina claramente como una tutela del cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico.⁴¹³

Y en el segundo —la aplicación—, se refiere “al acercamiento de la prescripción normativa a la praxis ajustada a tal regla, ya sea mediante la aplicación directa de la regla o a través de la elaboración de una regla intermedia, por la cual, mediante la interpretación se traslade la norma a una situación jurídica concreta o una tarea de subsunción, es decir, exista la coincidencia de lo prescrito a los hechos.”.⁴¹⁴

Ahora bien, la Constitución ecuatoriana es enfática en exponer que “la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.”, esta acción que debe cumplirse de manera obligatoria, propone la necesidad de realizar un análisis primario de la realidad de los hechos y un estudio previo para determinar si existe una obligación, es decir, se debe realizar una primera observación para identificar si los hechos que han dado paso a la acción por

⁴¹² Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 93.

⁴¹³ Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional Ecuatoriana, “Decisiones Constitucionales en la Vigencia de las Constituciones de 1998 y 2008”, en *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*, (Quito: Corte constitucional del Ecuador, 2015), 91.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, 91.

incumplimiento, se encuentran reconocidos en una norma, la cual estipule de manera expresa la obligación de hacer o no hacer.

La acción por incumplimiento realiza dos operaciones específicas: 1. *Garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico*, y, 2. *Garantizar el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos*. Con respecto a la primera operación,

la acción por incumplimiento constituye un mecanismo que garantiza la realización efectiva de la Constitución y las leyes cuando las autoridades públicas o los particulares las omiten. En otras palabras, permite vigencia, aplicación y eficacia del sistema jurídico ecuatoriano frente a posibles omisiones en la aplicación de la normativa vigente por parte de las autoridades públicas o personas particulares, que no pueden ser ejecutables por las vías judiciales.⁴¹⁵

Y esta afirmación, se sostiene en el hecho de que la garantía jurisdiccional es un mecanismo que tiene como objetivo garantizar la seguridad jurídica en el Ecuador, ya que es el medio más adecuado para proteger los derechos de los ciudadanos, cuando los estamentos públicos o privados no cumplen con la normativa que están prescritos para hacerlo. Otros autores, también lo llaman *eficacia de las normas* o *eficacia jurídica*, términos que no están alejados al principio de *seguridad jurídica*. El concepto de eficacia de las normas, puede ser entendido desde tres perspectivas: una jurídica, una política y una sociológica:

La perspectiva *jurídica* entiende a la eficacia de las normas desde los efectos jurídicos directos o inmediatos que están llamadas a producir. En una perspectiva *política*, se entiende que la eficacia supone la satisfacción de los objetivos sociales o políticos para los cuales fueron establecidas las normas. Por tanto, desde una perspectiva política la eficacia tiene como eje de fondo los resultados sociales o políticos obtenidos mediante las normas [...] Finalmente,

⁴¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-15-SAN-CC”, *Caso No 0018-13-AN*, (11 de febrero del 2015), 13.

la perspectiva *sociológica*, [...], implica “el grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios”.⁴¹⁶

Entonces, la *perspectiva jurídica* se identifica por los resultados inmediatos que produce. La *perspectiva política*, a través de los resultados sociales; y, la *perspectiva sociológica*, a través del cumplimiento de las normas por parte de las personas a quienes está dirigida.

Para abordar el análisis de la acción por incumplimiento, se necesita realizar el estudio desde la *perspectiva sociológica*, ya que es en esta, que se centra el análisis efectivo del cumplimiento de la norma, de ahí, que esta perspectiva permite abordar dos temas: la eficacia como cumplimiento y la eficacia como resultado.

Como lo afirman Angélica Porras y Johana Romero, la eficacia como cumplimiento se presenta cuando una norma ajusta

su comportamiento a lo prescrito en la misma o al menos, en los casos en que esto no ocurre, cuando la norma tiene bastante fuerza para imponer una consecuencia en ella prevista como reacción al incumplimiento”. Contraria a esta noción de la eficacia entendida como el cumplimiento, se encuentra la *eficacia como resultado*, la cual obedecería a la perspectiva política, en tanto le interesa los resultados obtenidos, lo logrado mediante una norma, y con ella la consecución del fin en ella misma. [...] En definitiva, la eficacia como resultado estará medida en virtud de la consecución del fin (plasmado generalmente en normas constitucionales, denominándolas *normas fin*) por medio de las *normas instrumentales*.⁴¹⁷

Es claro que el primer grupo de normas, aquellas que se encuentran en la eficacia como cumplimiento tienen una fuerza a través de los efectos que estipula la propia norma — en el caso de no cumplirla—, en cambio, en las normas que tienen la eficacia como resultado, como es el caso de la Constitución, necesitan otras normas —normas instrumentales— para la consecución del fin.

En este sentido, “Prieto Sanchís alude a una situación particular que nos interesa ahora mencionar. Para el autor, las normas cuyos destinatarios son los propios poderes públicos, son normas que con mayor frecuencia padecen de déficit de eficacia o

⁴¹⁶ Angélica Porras y Johana Romero, “Acción por incumplimiento. Resúmenes de sentencias”, en *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Tomo 1 (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 138.

⁴¹⁷ *Ibid.*, 139.

cumplimiento”,⁴¹⁸ es por ello que se necesitan mecanismos adecuados para garantizar su cumplimiento. A diferencia de las normas que determinan obligaciones para la ciudadanía, estas en la mayoría de casos presentan en su propio texto una sanción que es aplicable en el caso de no cumplirlas.

Con respecto al segundo objetivo —*garantizar cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos*—, la *acción por incumplimiento* representa una garantía de reconocimiento de los compromisos adquiridos con los estamentos internacionales, y no es para menos, ya que la Constitución coloca a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en un puesto preponderante sobre las demás normas.

El artículo 425 de la Constitución, indica que “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; [...]”;⁴¹⁹ con lo que presenta, el interés del Estado ecuatoriano para cumplir con este tipo de normas.

Además, la Constitución del Ecuador al referirse a los tratados de derechos humanos formula una consideración especial, es por ello que en el artículo 417 exponen que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”,⁴²⁰ entonces, si bien los tratados internacionales que han sido ratificados por el Ecuador,⁴²¹ se sujetan a lo establecido por la Constitución, esta misma norma

⁴¹⁸ *Ibíd.*, 139.

⁴¹⁹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 425.

⁴²⁰ *Ibíd.*, art. 417.

⁴²¹ Conforme al artículo 418 de la Constitución del Ecuador “A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales”; pero, como lo establece el artículo 419 de la misma Constitución “La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución”.

subraya que en relación a los tratados de derechos humanos, se deben aplicar “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de clausula abierta establecidos en la Constitución”.

En este contexto, la acción por incumplimiento a través del segundo objetivo, busca equiparar las sentencias e informes de organismos internacionales, con el compromiso manifiesto que ha tenido el Ecuador con los tratados internacionales en la Constitución, de esta forma, el Ecuador reconoce la efectividad de estos organismos en la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano y universal.⁴²²

1.1. Algunas divergencias sobre la acción por incumplimiento: la legitimación, el reclamo, la demanda, la inadmisión y el procedimiento

El artículo 52 de la LOGJCC, recoge de manera textual lo que se encuentra escrito en el artículo 93 de la Constitución; pero a partir del artículo 53, se establecen algunos aspectos nuevos y necesarios para la aplicación de la acción, estos son: *La legitimación pasiva, el reclamo previo, la demanda, las causales de inadmisión y el procedimiento*.

Con respecto a la *legitimación pasiva*, la LOGJCC establece que la acción por incumplimiento puede ser interpuesta contra personas naturales o jurídicas, cuando sean titulares del ejercicio público o presten algún servicio público, además, puede ser interpuesta contra particulares cuando existan casos de sentencias o informes de organismos internacionales.⁴²³

En relación al *reclamo previo*, la LOGJCC formula un primer filtro y establece que: “la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla.”, es por ello que, si el ente público o privado contra quien se pretende colocar la garantía jurisdiccional no contestara el pedido en el lapso de 40 días —de acuerdo al artículo 54 de la LOGJCC—, recién se puede presentar la *acción por*

⁴²² El capítulo 1 del presente trabajo, realiza un análisis del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos; es por ello que se recomienda, revisar el capítulo 1 del presente trabajo.

⁴²³ El art. 53 de la LOGJCC, establece que: “La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.”.

incumplimiento. Esto, particularmente discrepa con los elementos generales que tiene la Constitución del Ecuador respecto a las disposiciones comunes para todas las garantías jurisdiccionales, ya que, como se expuso en el anterior capítulo, la Constitución establece como principio general que el procedimiento sea “sencillo, rápido y eficaz”, que deba ser interpuesto “sin formalidades” y que “No serán aplicables normas que retarden el procedimiento”.⁴²⁴

Sobre *la demanda*, la LOGJCC establece que el documento —la demanda física— debe tener 6 datos específicos, de los cuales tres son referenciales para el proceso: nombre del peticionario, lugar de notificación, identificación de la persona contra quien se interpone la acción.

Además, existen tres requisitos específicos sobre: la “Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir [...] [,] Prueba del reclamo previo. [y] Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.”,⁴²⁵ es claro que estos últimos requisitos son discordantes con el texto constitucional, el cual indica que las garantías jurisdiccionales “Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida”,⁴²⁶ lo que muestra una crisis normativa entre los dos textos.

La LOGJCC, establece cuatro *causas de inadmisión* al momento de presentar una acción por incumplimiento:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un

⁴²⁴ Véase el capítulo 3 del presente trabajo, relativo a las disposiciones comunes para las garantías jurisdiccionales; y, el artículo 86 de la Constitución del Ecuador.

⁴²⁵ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 55*, 2009, art. 55.

⁴²⁶ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 86 numeral 2.

perjuicio grave e inminente para el accionante. 4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

En este contexto, la primera y la tercera *causas de inadmisión*, son las que presentan un análisis previo para interponer la acción jurisdiccional: en el primer caso, se debe realizar un estudio sobre el objetivo de las otras garantías jurisdiccionales y que estas no garanticen el derecho que ha sido vulnerado; en el tercer caso, es similar solo que no se limita al ámbito jurisdiccional, sino al ámbito judicial en general; con una reserva, que la acción jurisdiccional puede ser interpuesta cuando “de no admitirse se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante”.

Con este antecedente, resulta extraño que estas dos causales de inadmisión tengan un análisis jurídico tan técnico, ya que en el primer caso se debe realizar una observación previa de las otras garantías jurisdiccionales —la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, la acción de habeas data y la acción extraordinaria de protección—; y en el segundo caso en cambio, se debe conocer los diferentes mecanismos judiciales de exigibilidad de cumplimiento, es decir, se debe tener un conocimiento jurídico y normativo —como es el caso de los abogados— para colocar la garantía jurisdiccional, mientras que la Constitución del Ecuador expresa que: “No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción”.⁴²⁷

Con respecto *al procedimiento*, la LOGJCC establece los plazos, actos, términos en caso de ser admitida o inadmitida la acción. Con estos antecedentes, muchos autores afirman que existe un problema de generalidad y confusión relativo al texto constitucional,⁴²⁸ y como se ha expuesto, estos problemas han trascendido al punto de generar divergencias entre la Constitución y la LOGJCC.

⁴²⁷ *Ibíd.*, art. 86 numeral 2.

⁴²⁸ Como lo expone Marco Wilhelmi: “La regulación de la acción por incumplimiento, dada la amplitud del objeto y de los requisitos para su planteamiento, es fuente de confusión. La Constitución, en su artículo 93, se refiere en términos muy abiertos a su objeto, [...]”.*

* Marco Wilhelmi, “Sin Garantías no hay Derechos. Sin Derechos no hay Constitución. Apuntes sobre la Protección Jurisdiccional de los Derechos en Ecuador”, *Revista de Derecho Político*, n° 82 (septiembre-diciembre 2011): 582- 608, 601. «<https://search.proquest.com/docview/1518111954?accountid=14777>»

1.2. *La Corte Constitucional en el Ecuador*

Como lo expone el artículo 93 de la Constitución del Ecuador, la *acción por incumplimiento* debe ser interpuesta ante la *Corte Constitucional*, es por ello que en esta parte del trabajo, se realizará un análisis de este estamento y de los sistemas de control: de constitucionalidad y de convencionalidad, que existen en el Ecuador.

Como lo expresa Agustín Grijalva, “Una de las objeciones más frecuentes contra la propuesta de Corte Constitucional es la de que constituiría un superpoder por sobre las demás funciones y órganos del Estado, un superpoder que no respondería por nada ni ante nadie.”,⁴²⁹ en este sentido, la creación de las *Cortes Constitucionales* y de la Justicia Constitucional no es un tema que ha sido tratado recientemente, se podría decir que este tema es parte de la construcción del Estado de Derecho y de la concepción de la Constitución como norma superior. En América, el análisis se remonta a los Estados Unidos, en donde si bien,

la Justicia Constitucional, no se encontraba prevista en la Norma Constitucional americana, sino que tuvo lugar como consecuencia de la celebre Sentencia del *Juez Marshall* sobre el caso de *Marbury contra Madison de 1803*. Se trata, pues, de una función que se autoatribuyen los Jueces, ya que, entienden que, si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, los Jueces en el ejercicio la función jurisdiccional se encuentra directamente vinculados a la misma, por lo que, en virtud de su aplicación, se verán obligados a inaplicar aquella ley que se oponga a la Constitución.⁴³⁰

Desde ese momento, se conforma el Tribunal Supremo, ya que los jueces asumían el control de las diferentes leyes que estaban en contra de la Constitución,⁴³¹ con esto,

⁴²⁹ Agustín Grijalva, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 259.

⁴³⁰ Antonia Navas y Florentina Navas “La Justicia Constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 273.

⁴³¹ Como lo exponen Antonia y Florentina Navas, ya “con anterioridad a 1803, determinadas decisiones jurisprudenciales son reflejo de la asunción de la Justicia Constitucional en el modelo americano, como puede ser la decisión del Juez de *Massachusetts William Cushing*, de 1783, mediante la que declara que la esclavitud es incompatible con la Constitución, será, sin duda, la Sentencia del Presidente del Tribunal

también aparece el primer sistema de control, el control difuso —modelo que será analizado más adelante—.

El caso ecuatoriano, se remonta al año 1945, en donde se constituye un Tribunal de Garantías Constitucionales. Como lo expone Agustín Grijalva, en una publicación presentada en el 2008 —unos meses después de la aprobación de la actual Constitución— indicó que: pese a que este organismo se remonta a orígenes lejanos y que ha existido algunos avances desde el año 1998, el estamento no ha logrado tener una legitimidad, profesionalismo ni independencia, propias de un Tribunal de este tipo.⁴³²

Con la actual Constitución, el proceso de selección de los miembros de la *Corte Constitucional*, debe ser realizado a través de una comisión conformada por seis miembros designados por las funciones del Estado —2 miembros de cada una: Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia— de las candidaturas presentadas por las mismas funciones.⁴³³ Además, estará conformada por nueve miembros, que desempeñaran sus funciones por nueve años, los cuales deben ser renovados tres cada tres años.

Supremo *John Marshall* la que de origen al sistema *judicial review*, en otras palabras, al control judicial de constitucionalidad de las leyes, ya que, si se considera que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, ninguna norma jerárquicamente inferior puede ir en contra de lo establecido en la Constitución.”.*

* Antonia Navas y Florentina Navas “La Justicia Constitucional”, en *El Estado constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2009), 273.

⁴³² Como lo expone Agustín Grijalva, la Corte Constitucional tiene y necesita límites a su poder, pero “Este órgano, como cualquier otro, puede verse deformado por una extralimitación en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, hay factores jurídicos y políticos que la limitan, tales como la enunciación explícita de sus atribuciones en la constitución y en la ley, la posibilidad de que el Congreso, ante un desacuerdo con sus interpretaciones, reforme la Constitución, la necesidad de consistencia de la propia jurisprudencia constitucional y de que sus sentencias sean obedecidas, la incidencia de la opinión pública sobre la legitimidad de la Corte e incluso la posibilidad de que sentencias arbitrarias sean revisadas por otras cortes internacionales de derechos humanos”.*

* Agustín Grijalva, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 261.

⁴³³ Este procedimiento se lo realiza de acuerdo al artículo 434 de la Constitución del Ecuador.

En el año 2008, con la finalidad de que entre en vigencia la *Corte Constitucional*, se establece un Régimen de Transición, el cual en su artículo 25 indica que:

Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos. Las normas y procedimientos del concurso serán dictados por el consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Cuando corresponda la renovación del primer tercio de las magistradas o magistrados que integran la Corte, se escogerán por sorteo quienes deban cesar en sus funciones. Cuando se renueve el segundo tercio el sorteo será las seis (6) magistradas y magistrados restantes de los designados la primera vez.⁴³⁴

Entonces, conforme a este procedimiento, tocaba esperar a que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social emita las normas y procedimientos para el concurso; esta acción, no se dio hasta el 1 de junio de 2012, fecha en la que se publicó la “Reforma al Reglamento para la Calificación y Designación de las Juezas y Jueces que Integrarán la Primera Corte Constitucional”.⁴³⁵ Otro problema, que afrontó la designación de los miembros de la *Corte Constitucional*, fue que se requería

indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada Asamblea Nacional, que sería elegida en abril 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República) que no podía ser quien estaba en funciones, por eso la disposición habla de «nuevas funciones». Y mayor complicación tuvo conformar a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional es el resultado de varias entidades

⁴³⁴ Ecuador, “Régimen de Transición”, en *Registro Oficial No 449*, (20 de octubre de 2008), art. 25.

⁴³⁵ La “Reforma al Reglamento para la Calificación y Designación de las Juezas y Jueces que Integrarán la Primera Corte Constitucional”, se encuentra publicado en el Registro Oficial Suplemento No 715, del 1 de junio de 2012.

(Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), y había que designar a sus titulares.⁴³⁶

Al no estar conformadas las funciones del estado, no se podía designar la comisión calificadora que sería la encargada —de acuerdo al artículo 25 del Régimen de Transición— para escoger a los miembros de la primera *Corte Constitucional*.

Ahora bien, para solucionar este problema en el cual no se tenía una *Corte Constitucional*, el Régimen de Transición tenía una salvedad, y es que en su artículo 27 se establecía que:

Los integrantes del Consejo Nacional de la Judicatura, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral terminarán sus períodos cuando se posesionen los vocales del nuevo Consejo de la Judicatura, los miembros de la Corte Constitucional, los consejeros y consejeras del Consejo Nacional Electoral y los integrantes del Tribunal Contencioso Electoral. Su selección se realizará conforme las normas del Régimen de Transición y de la Constitución.⁴³⁷

Es decir, que los Jueces del Tribunal Constitucional que habían sido designados en el 2007 —antes de la aprobación de la nueva Constitución—, se prorrogarían en funciones hasta la designación de la primera *Corte Constitucional*.

Con respecto al número de jueces, no fue un problema ya que la Constitución Política del Ecuador de 1998, establecía el mismo número de Jueces (9).⁴³⁸ El problema real, fue el cambio de funciones que tenía el Tribunal Constitucional frente a la *Corte Constitucional*, específicamente, porque la *Corte Constitucional* tenía muchas más facultades que el antiguo Tribunal.

Por otro lado, el Régimen de Transición también establecía que los “empleados del Tribunal Constitucional con excepción de los de libre nombramiento y remoción, podrán continuar prestando sus servicios en la *Corte Constitucional*, previo proceso de

⁴³⁶ Hernán Salgado, “¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008? Primer Balance de La «Corte Constitucional en Transición»”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°17 (2013): 311-324, 315. «<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40781/23210>».

⁴³⁷ Ecuador, “Régimen de Transición”, en *Registro Oficial No 449*, (20 de octubre de 2008), art. 27.

⁴³⁸ El artículo 275 de la Constitución Política del Ecuador, establece que: “El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales, quienes tendrán sus respectivos suplentes. [...]”.

evaluación y selección”,⁴³⁹ es decir, tanto en el aspecto logístico, humano y económico, se mantenían del mismo Tribunal Constitucional pero únicamente por un periodo de transición, hasta que exista la designación de la primera *Corte Constitucional*. En este contexto, el Tribunal Constitucional estuvo vigente a partir del 2008 con el nombre de *Corte Constitucional para el Periodo de Transición*, nombre que no podía ser diferente ya que el artículo 25 del Régimen de Transición establecía que la primera *Corte Constitucional* debía ser nombrada a través del proceso establecido en la propia Constitución.

Una de las facultades que le son atribuidas y que generaron mayor conflicto fue la *interpretación de las Leyes* ya que en 1998 esta facultad era conferida únicamente al antiguo Congreso Nacional,⁴⁴⁰ en cambio, a partir del 2008 esta facultad tiene la *Corte Constitucional*.⁴⁴¹ El conflicto apunta específicamente a la interpretación constitucional, ya que la interpretación de las otras normas —leyes orgánicas, leyes ordinarias, etc.— lo realizaba el Congreso Nacional en 1998 y actualmente la Asamblea Nacional.⁴⁴²

⁴³⁹ Ecuador, “Régimen de Transición”, en *Registro Oficial No 449*, (20 de octubre de 2008), art. 26.

⁴⁴⁰ El artículo 284 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, establece que: “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional.”. Además, dentro de las funciones de las atribuciones del Congreso Nacional está en el artículo 130 numeral 4: “Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”.

⁴⁴¹ EL artículo 429 de la Constitución del Ecuador establece que: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.”.

⁴⁴² El artículo 130 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, establece que: “El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”. En cambio, el artículo 120 de la actual Constitución del Ecuador de 1998, establece que: “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”.

Con este antecedente, varios juristas restaban credibilidad a las funciones de la *Corte Constitucional para el Periodo de Transición*, ya que esta, no había sido designada como lo establecía el proceso constitucional y en un contexto se estaban arrogando funciones propias de la primera *Corte Constitucional*.⁴⁴³

Considero que no es precisa esa afirmación, ya que a parte de las atribuciones que tenía la *Corte Constitucional*, existieron nuevos mecanismos implementados a partir del 2008 para garantizar los derechos constitucionales que debían ser resueltos por la *Corte Constitucional*, y fue así, la *Corte Constitucional para el Periodo de Transición* pudo resolver —en este caso específico— las *acciones por incumplimiento* presentadas durante su periodo. Es por ello que al momento de analizar las sentencias dictadas por estas causas se tendrá dos momentos: las sentencias resueltas por la *Corte Constitucional para el Periodo de Transición* y las resueltas por la primera *Corte Constitucional*. El artículo 436 numeral 5 de la Constitución ecuatoriana establece que la *Corte Constitucional* tendrá que:

Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.⁴⁴⁴

Lo cual, como se observa tiene concordancia con el artículo 93 de la misma norma que refiere a la *acción por incumplimiento*.

Entonces, durante el periodo 2008-2018,⁴⁴⁵ han existido tres momentos: el primero, que inició con la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, la cual, se prorrogó en funciones desde el año 2007.

⁴⁴³ Véase a Hernán Salgado, “¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008? Primer Balance de La «Corte Constitucional en Transición»”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°17 (2013): 311-324. «<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40781/23210>».

⁴⁴⁴ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 436 numeral 5

⁴⁴⁵ Se indicó el periodo 2008- 2018, ya que es el espacio de tiempo seleccionado para el análisis de las sentencias de acción por incumplimiento, en un subcapítulo posterior.

El segundo, lo cumplió la Primera Corte Constitucional que fue posesionada el 6 de noviembre del 2012 conforme a lo establecido por los artículos 432 y 434 de la Constitución del Ecuador.⁴⁴⁶ Y, el tercer momento, que inicia el 5 de noviembre de 2015 con la posesión de los jueces constitucionales: Pamela Martínez Loaiza, Roxana Silva Chicaíza y Francisco Butiñá Martínez, en remplazo de los jueces: Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado Sánchez y Marcelo Jaramillo Villa, conforme al artículo 432 de la constitución ecuatoriana.

La Corte Constitucional debía permanecer durante 3 años sin modificaciones —de acuerdo al artículo 432 de la Constitución del Ecuador— pero existió un caso especial con uno de los jueces constitucionales. El Juez Patricio Pazmiño Freire fue propuesto para formar parte de la Corte IDH y electo como Juez en el 45 Periodo Ordinario de Sesiones de la OEA,⁴⁴⁷ y el cual, entraría en funciones para el periodo comprendido de 2016-2021, por esa razón, “Mediante la Resolución No 004-2016-CCE, adoptada por el

⁴⁴⁶ El artículo 432 de la Constitución del Ecuador establece que: “La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.”; y el artículo 434 de la misma norma indica que: “Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres. El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley.”.

⁴⁴⁷ Para la designación de Magistrado de la Corte IDH a Patricio Pazmiño Freire, existieron dos momentos importantes: **1. La designación:** De acuerdo al Informe AG/CP/INF.666/14 add. 3, de fecha 15 de enero de 2015, suscrito por la *Comisión Preparatoria del Cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la OEA*, el 2 de enero del 2015 fue presentada la Candidatura del Doctor Patricio Pazmiño Freire por la Misión Permanente de la República del Ecuador ante la OEA; luego de esto, el Informe AG/CP/INF.677/15 rev.2, de fecha 4 de marzo de 2015, suscrito por el mismo organismo, estableció las candidaturas de 5 personas para ser parte de la Corte IDH, dentro de los que constaba el Doctor Patricio Pazmiño Freire. **2. La resolución:** En el Informe de *Resultados de las Elecciones de Miembros para Ocupar las Vacantes en los Órganos, Organismos y Entidades de la Organización*, No AG/doc.5507/15, de 19 de junio de 2015, se establecieron los resultados de las elecciones realizadas en el *Cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la OEA*, realizado el 15 y 16 de junio de 2015 en Washington, D.C., en el cual, se nombró como ganadores a: Patricio Pazmiño Freire (Ecuador) con 22 votos, Eduardo Vio Grossi (Chile) con 20 votos, Elizabeth Odio Benito (Costa Rica) con 20 votos y Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina) con 18 votos.; dejando fuera a Alberto Pérez Pérez (Uruguay).

Pleno del Organismo el 8 de junio de 2016, se designó a la abogada Marien Segura Reascos como jueza constitucional, y se dispuso que todos los procesos que se encontraban en el despacho del juez constitucional, Patricio Pazmiño Freire, pasen a conocimiento de la referida jueza constitucional”.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-17-SAN-CC”, *Caso No 0031-15-AN*, (15 de marzo de 2017), 1.

Tabla No 11
Conformación de las Cortes Constitucionales en el periodo 2008- 2018

	Corte Constitucional para el Periodo de Transición	Primera Corte Constitucional	Corte Constitucional	
Periodo	2008-2012	2012- 2015	2015- 2018	
Característica	Prorroga de funciones de los jueces de 2007	Reelección de tres jueces constitucionales y posesión de seis nuevos.	2015- 2016 Cambio de tres jueces de acuerdo al art. 432 de la Constitución del Ecuador	2016-2018 Cambio del Juez Constitucional Patricio Pazmiño Freire
Presidente	Patricio Pazmiño Freire	Patricio Pazmiño Freire (1)	Patricio Pazmiño Freire	Alfredo Ruiz Guzmán
Jueces Constitucionales	Luis Jaramillo Gavilanes	Antonio Gagliardo Loor	Pamela Martínez de Salazar (1)	Pamela Martínez de Salazar
	Patricio Herrera Betancourt	María del Carmen Maldonado Sánchez	Roxana Silva Chicaiza (2)	Roxana Silva Chicaíza
	Alfonso Luz Yunes	Alfredo Ruiz Guzmán	Alfredo Ruiz Guzmán	Francisco Butiñá Martínez
	Ruth Seni Pinargote	Ruth Seni Pinargote (2)	Ruth Seni Pinargote	Ruth Seni Pinargote
	Nina Pacari Vega	Marcelo Jaramillo Villa	Francisco Butiñá Martínez (3)	Manuel Viteri Olvera
	Edgar Zárate Zárate	Wendy Molina Andrade	Wendy Molina Andrade	Wendy Molina Andrade

Manuel Viteri Olvera	Manuel Viteri Olvera (3)	Manuel Viteri Olvera	Marien Segura Reascos
Hernando Morales Vinueza	Tatiana Ordeñana Sierra	Tatiana Ordeñana Sierra	Tatiana Ordeñana Sierra

Elaboración del autor. Fuente: Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

De esta forma, en el año 2016 hubo un cambio de juez constitucional y la designación de una nueva jueza. Esta última Corte Constitucional estaría en vigencia hasta el 2018.

1.2.1. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad en el Ecuador*

Otro de los análisis que también tiene interés para el presente trabajo, es el estudio del *control de constitucionalidad y convencionalidad*, específicamente en el caso de observación caso en el sistema estatal ecuatoriano; esto es como causa de la relación que existe entre la constitución y las normas internas e internacionales.

Como lo afirman Gerardo Durango y Kennier Garay: “En la actualidad, la mayoría de las constituciones democráticas consagra en su marco jurídico institucional la figura del control de constitucionalidad sobre las leyes, en cabeza de un Tribunal o Corte Constitucional”;⁴⁴⁹ esto no es diferente en el caso ecuatoriano. A saber, existen dos sistemas propios del control de constitucionalidad: el *control difuso* y el *control concentrado*. El *control difuso*:

aparece históricamente en el constitucionalismo norteamericano por vía jurisprudencial, justamente porque la Constitución norteamericana de 1787 no preveía la garantía de la Constitución. Garantía que fue asumida de hecho por el juez ordinario, con capacidad de dejar de aplicar una ley al caso concreto por considerarla inconstitucional, y que partía de la base no solo de la imprevisión constitucional, sino del –en términos de Pegoraro– *background* político-

⁴⁴⁹ Gerardo Durango y Kennier Garay, “El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Colombia”, *Revista Prolegómenos*, vol. XVIII, n°36 (julio- diciembre 2015): 99-116, 101. Doi:10.18359/dere.936.

jurídico y de las características de la Constitución de 1787 que, en buena medida, han marcado su futuro.⁴⁵⁰

Otros autores, indican que el control difuso se remonta al sistema inglés, “en el que se planteó crear de forma remota la jurisdicción constitucional, referente en el caso Bonham resuelto por el Juez Edwad Coke en 1610, en el cual señaló, al referirse al *common law*, que los jueces, en virtud del precedente, podían incluso declarar la nulidad de una ley del parlamento que fuera contraria a aquel”.⁴⁵¹ En este contexto, el *control difuso* es la acción de verificación que realizan los jueces ordinarios sobre la constitucionalidad de las leyes internas.

En cambio, el *control concentrado* entró en vigencia a través del constitucionalismo europeo “ya entrado el siglo XX, tardaron décadas en ser considerados en América Latina, y solo lo fueron seriamente cuando se demostró su utilidad en la garantía de unas constituciones como las europeas, sustancialmente más cercanas al nuevo constitucionalismo latinoamericano”.⁴⁵² Este mecanismo tiene como eje central un Tribunal o Corte con los poderes para realizar la verificación de la constitucionalidad de las normas.

Como se ha expuesto, la primera idea de control constitucional en América Latina fue el *control difuso*, mismo que se mantuvo hasta mediados del siglo XX en la región. Luego, no sería hasta 1945 cuando el Ecuador plasma la idea de instaurar un Tribunal de Garantías Constitucionales. Como lo afirma Patricio Pazmiño, Ecuador fue el primer país latinoamericano en proponer esta idea,⁴⁵³ luego vendría Chile, quien instauraría un

⁴⁵⁰ Rubén Martínez, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 284.

⁴⁵¹ José Becerra, “El camino hacia el control difuso de constitucionalidad en México: la convencionalidad”, Revista El Cotidiano, vol. 28, n° 180 (julio- agosto 2013): 11-20, 11. <https://search.proquest.com/docview/1442705456?accountid=14777>.

⁴⁵² Rubén Martínez, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, Ramiro Ávila y otros Edit., en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 285.

⁴⁵³ Patricio Pazmiño expone que el control difuso se mantuvo “prácticamente sin cambio hasta que a mitad del siglo XX, en 1945 se formula por primera vez en un país latinoamericano (Ecuador) la idea de

Tribunal Constitucional a inicio de los años setenta y bajo la administración del Presidente Salvador Allende. Pazmiño también indica que en los últimos 15 años,

cuando se produjo un particular proceso de recepción del sistema continental europeo de control concentrado de constitucionalidad, como resultado del cual podemos señalar la creación de tribunales o cortes constitucionales en Guatemala (1985), Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1996), además de la creación de salas constitucionales autónomas en las cortes supremas del Salvador (1983 y 1991), Costa Rica (1989), Paraguay (1992) y Venezuela (1999)⁴⁵⁴

Esto concuerda con la idea presentada por Rubén Martínez, presentada en un párrafo *supra*, cuando se cito la aplicación del *control difuso* en momentos cercanos al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

En el caso ecuatoriano, la LOGJCC establece dos mecanismos de control: un *control abstracto*—refiriéndose al *control concentrado*—, y un *control concreto*—refiriéndose al *control difuso*— de constitucionalidad.

En el título III de la LOGJCC, se establece el *control abstracto* de constitucionalidad como un mecanismo para “garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”⁴⁵⁵ para cumplir con este objetivo, se ha entregado a la Corte Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad sobre: “a) Enmiendas y reformas constitucionales. b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales. c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. [y] d) Actos normativos y administrativos con carácter

un Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual sin embargo apenas si tuvo existencia simbólica debido a la fugaz vigencia de la Constitución que lo incorporó”.*

* Patricio Pazmiño, “Hacia un modelo innovador de justicia constitucional”, en *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, (Quito, 2012), 104.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, 104.

⁴⁵⁵ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 52*, (22 de octubre 2009), art. 74.

general”;⁴⁵⁶ estas facultades, también son señaladas de manera general en el texto constitucional.⁴⁵⁷

En cambio en el Título IV de la LOGJCC, se instituye al *control concreto* como un sistema para “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”;⁴⁵⁸ para lo cual, se ha facultado a los jueces ordinarios para que apliquen las disposiciones constitucionales sin importar que estas se encuentren reconocidas en normas de menor jerarquía pero que contengan principios constitucionales.

Además, si bien la Constitución y la LOGJCC, señalan a la *Corte Constitucional*, como único ente para poder determinar la inconstitucionalidad de las normas, esta, únicamente tiene a su cargo la resolución de dos de las siete garantías jurisdiccionales: la acción extraordinaria de protección y la acción por incumplimiento; en cambio, las otras acciones —las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data y extraordinaria de protección—, son resueltas por los jueces ordinarios. Esta facultad que tienen los jueces ordinarios propone que el control de convencionalidad sea identificado como un control mixto; es decir, un control concentrado —abstracto— por parte de la Corte Constitucional y un control difuso —concreto— por parte de los jueces ordinarios.

Este modelo singular, “donde por una parte, existen tribunales constitucionales encargados de guardar la supremacía e integridad de la Constitución, mientras que los jueces ordinarios mantienen la competencia para inaplicar en casos concretos las leyes y reglamentos institucionales”,⁴⁵⁹ es uno de los nuevos sistemas que han acogido varios países de América Latina como es el caso ecuatoriano. Como lo reitera Pazmiño, a los jueces ordinarios se les ha otorgado la atribución de resolver recursos —como el caso de la acción de protección en el Ecuador— lo que significa que pese a existir Tribunales Constitucionales en Latinoamérica la jurisdicción en estos países no es específicamente

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, art. 75 numeral 1.

⁴⁵⁷ Véase el artículo 436 de la Constitución del Ecuador.

⁴⁵⁸ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 52*, (22 de octubre 2009), art. 141.

⁴⁵⁹ Patricio Pazmiño, “Hacia un modelo innovador de justicia constitucional”, en *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, (Quito, 2012), 105.

concentrada ya que no existe un solo titular para ejercer el control constitucional.⁴⁶⁰ Esto no quiere decir, que los jueces ordinarios pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma en el Ecuador, ya que de acuerdo a la LOGJCC, esta es una facultad específica de la Corte Constitucional.

Otro de los temas importantes para la Corte Constitucional y para la acción por incumplimiento es el *control de convencionalidad*, ya que esta última —la acción por incumplimiento— dentro de sus objetivos propone *el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales*. En un “voto concurrente razonado” en el Caso Tibi vs. Ecuador, el Juez Sergio Ramírez hace una similitud entre el *control de constitucionalidad* y el *control de convencionalidad*, a lo cual expone que:

si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptada por los Estados partes en ejercicio de su soberanía⁴⁶¹

Por lo tanto, el *control de convencionalidad* puede ser definido “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha conseguido en

⁴⁶⁰ Como lo cita Patricio Pazmiño: “Además, se les ha otorgado la función de conocer de los recursos de amparo, lo que en definitiva significa que no obstante la existencia de tribunales constitucionales en América Latina la jurisdicción constitucional no es esencialmente concentrada, pues no existe un titular exclusivo del control constitucional, que es el elemento básico del modelo kelsaniano al que se ha hecho referencia.”*

* Patricio Pazmiño, “Hacia un modelo innovador de justicia constitucional”, en *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, (Quito, 2012), 105.

⁴⁶¹ Sergio Ramírez, “Voto Concurrente”, *Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (07 de septiembre de 2004), párr. 3.

obligarse”.⁴⁶² En este contexto, la lucha por la inclusión de las normas internacionales en el sistema organizativo interno, ha sido un dialogo de varios años. Por ejemplo en materia del Sistema Interamericano, la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, ya enuncia las palabras *control de convencionalidad*, indicando que:

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁶³

El pronunciamiento de la Corte IDH resultaba un poco general, ya que fue la primera vez el Tribunal Interamericano se pronunciaba sobre este concepto específico. Con el pasar del tiempo y con la ayuda de la jurisprudencia del propio Tribunal, se fue perfeccionando la idea de un *control de convencionalidad* al punto de indicar que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad””,⁴⁶⁴ con la finalidad de que todos los niveles del Estado previamente realicen un ejercicio *ex officio* referente a las normas internas y la Convención Americana, teniendo en consideración, la interpretación que ha hecho la Corte IDH sobre la propia Convención;⁴⁶⁵ es así que, el *control de convencionalidad*

⁴⁶² Gonzalo Aguilar, “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, *Revista Direito GV*, vol. 9, n° 2 (julio-diciembre 2013): 721- 754, 721. Doi: 10.1590/S1808-24322013000200015.

⁴⁶³ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano Arellano y otros vs. Chile”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (26 de septiembre de 2006), párr. 124.

⁴⁶⁴ Corte IDH, “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, (30 de noviembre de 2012), párr. 142.

⁴⁶⁵ Sobre este tema se ha pronunciado la Corte IDH ha indicado que: “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta

en el ámbito interamericano tiene el carácter de “obligatorio” para los Estados que han ratificado la Convención Americana.

Por otra parte, la amplia consideración que tiene la Corte IDH para determinar que “todas las autoridades y órganos de un Estado deben cumplir con el control de convencionalidad”, denota el carácter de subsidiariedad del Sistema Interamericano, es decir, la Corte IDH con este pronunciamiento insta al Estado a cumplir de manera obligatoria los estándares internacionales de derechos humanos a través de la aplicación del *control de convencionalidad* por parte de todas las autoridades públicas.

Además, se debe considerar que la Corte IDH ha expuesto que las violaciones a los derechos humanos pueden ser atribuidas “según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública”,⁴⁶⁶ lo que ha impulsado, para que se tome en consideración el aspecto amplio del *control de convencionalidad*, sin olvidar que este control debe realizarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”⁴⁶⁷ lo que muestra, que la intención de la Corte IDH al desarrollar su jurisprudencia respecto al *control de convencionalidad*, es proteger al Estado de posibles responsabilidades internacionales en la violaciones a los derechos humanos por la falta de cumplimiento a los acuerdos o tratados internacionales.

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado dos sistemas de *control de convencionalidad*: un *control concentrado* y un *control difuso*. El control concentrado de convencionalidad “lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los

tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*

* Corte IDH, “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (28 de agosto de 2014), párr. 311.

⁴⁶⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998), párr. 164.

⁴⁶⁷ Corte IDH, “Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (30 de enero de 2014), párr. 126.

Estados en un caso particular”,⁴⁶⁸ es decir, el *control concentrado* está a cargo de la Corte IDH como único ente competente para aplicar e interpretar la Convención Americana.⁴⁶⁹

En cambio, *el control difuso* de convencionalidad tiene lugar “en el ámbito interno de cada Estado Parte a la CADH. Este mecanismo ha sido definido por la doctrina “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”.⁴⁷⁰

Este mecanismo —el control difuso de convencionalidad— propone que exista un sistema de control sobre la aplicación de los tratados internacionales en la normativa interna. Como se expuso en un párrafo *supra*, esta función ha sido trasformada en obligación por la Corte IDH, la cual, ha dispuesto que realicen esta acción todos los órganos estatales, esencialmente los jueces y estamentos que tienen relación con la administración de justicia.

Ahora bien, existe un nexo entre el *control de constitucionalidad* y *control de convencionalidad*, que luego del desarrollo planteado puede ser ejemplificado con el caso ecuatoriano. En el Ecuador, la *Corte Constitucional* tiene como atribución, ejercer el *control de constitucionalidad* en los siguientes temas: “a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales. b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional. c) Decretos que declaran o que se dictan con

⁴⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor, “Voto Razonado del Juez Ad Hoc”, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia sobre Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas*, (de 26 de noviembre de 2010), párr. 22.

⁴⁶⁹ Como lo Expone Luis Gutiérrez: “En este marco, el objeto de control es el comportamiento -por acción y/o por omisión- de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de acuerdo al artículo 62.3 CADH (norma jurídica de habilitación). Dicho control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y Pacta Sunt Servanda (art. 26), así como el en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado””*

* Luis Gutiérrez, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa”, *Revista IIDH*, n° 64 (julio-diciembre 2016): 239-264, 241.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, 242.

fundamento en los estados de excepción. [y] d) Tratados internacionales”;⁴⁷¹ en este contexto, al encargar el análisis de la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales, quien realiza el *control difuso* de convencionalidad —en una primera aproximación— es la *Corte Constitucional*; pero como se indico en varios párrafos *supra*, los jueces ordinarios en el Ecuador realizan un *control difuso* de constitucionalidad al aplicar los tratados internacionales de derechos humanos, lo que muestra que los jueces ordinarios también son parte del *control difuso* de convencionalidad.

Como se indicó en unos párrafos *supra*, la Corte IDH ha expuesto que el control difuso de convencionalidad lo deben realizar todos las autoridades y órganos del Estado, y como lo afirma Ferrer Mac-Gregor:

debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.⁴⁷²

El Ecuador es uno de los países que ha ratificado la Convención Americana y que ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH; lo que afirma que el *control difuso* de convencionalidad lo realiza la *Corte Constitucional* por el mandato recogido en la LOGJCC, y los diferentes jueces que conformar el sistema judicial por un mandato constitucional —ya que tienen la obligación de aplicar los tratados internacionales y son los que resuelven algunas acciones jurisdiccionales— y por la jurisprudencia propia de la Corte IDH.

⁴⁷¹ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 52*, (22 de octubre 2009), art. 75 numeral 3.

⁴⁷² Ferrer Mac-Gregor, “Voto Razonado del Juez Ad Hoc”, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia sobre Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas*, (de 26 de noviembre de 2010), párr. 20.

1.3. *Las normas que regulan la acción por incumplimiento*

Una de las circunstancias especiales que tiene la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección —a diferencia de las otras acciones jurisdiccionales— es que estas dos deben ser interpuestas ante la *Corte Constitucional*, es por ello que, la *acción por incumplimiento* y la acción de protección, a parte de estar sujetas a las normas constitucionales y a la LOGJCC, debe acogerse a otros procedimientos propios de la *Corte Constitucional*.

Conforme a lo desarrollado, existen dos normas que regulan de manera específica la *acción por incumplimiento*: la Constitución y la LOGJCC, la primera —la Constitución—, propone unas disposiciones comunes para todas las garantías jurisdiccionales (art. 86) y expone un marco general de la *acción por incumplimiento* (art. 93); la segunda —la LOGJCC—, recoge las normas generales para las garantías jurisdiccionales (desde el art. 1 al art. 25), y desarrolla: el objeto y ámbito, legitimación pasiva, reclamo previo, demanda, causales de inadmisión y procedimiento de la *acción por incumplimiento* —desde el artículo 52 al 57—.

Recapitulando, el Tribunal Constitucional que entro en vigencia desde 1997 con la antigua Constitución, de acuerdo al artículo 25 del Periodo de Transición, se instauró como una *Corte Constitucional* para el Periodo de Transición el cual estuvo comprendido entre el 2008 y el 2012, periodo que culminó, con la aprobación del reglamento por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y la selección de los nuevos Jueces Constitucionales, los cuales, conformaron la Primera *Corte Constitucional*.

Con este antecedente, existieron varias normas que regularon los procedimientos de las *Cortes Constitucionales* —en la etapa transitoria y con la primera Corte—, específicamente se han aplicado 3 normas para normar sus procedimientos: el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010 (RSPCCC-2010),⁴⁷³ el Reglamento de Sustanciación de procesos de

⁴⁷³ El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010, fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No 127 del miércoles 10 de febrero de 2010.

Competencia de la Corte Constitucional de 2015 (RSPCCC-2015),⁴⁷⁴ y, las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la *Corte Constitucional* para el periodo de transición (RPCCCPT).⁴⁷⁵

Tabla No 12			
Análisis de las normas aplicadas en la acción por incumplimiento			a partir del 2008
Norma superior	Constitución		
Norma específica	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)		
Corte Constitucional	Corte Constitucional para el Periodo de Transición	Primera Corte Constitucional	
Periodo	2008-2012	2012- en adelante (por un periodo de nueve años)	
Normas aplicables	Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. (RPCCCPT)	Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010 (RSPCCC-2010).	Reglamento de Sustanciación de procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2015 (RSPCCC-2015).

Elaboración del autor. Fuente: Normas nacionales (Ecuador).

⁴⁷⁴ El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2015, esta publicado en el Registro Oficial Suplemento No 613 del jueves 22 de octubre de 2015.

⁴⁷⁵ Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No 466 del jueves 13 de noviembre de 2008.

La *Corte Constitucional* para el Periodo de Transición —que estuvo en vigencia desde el 2008 hasta el 2012— estuvo regulada por las RPCCCPT y el RSPCCC-2010.

Luego, cuando inició sus labores la Primera *Corte Constitucional* (a partir del 2012), inmediatamente quedaron derogadas las RPCCCPT, pero, se mantuvieron en ejecución el RSPCCC-2010, este, estuvo vigente hasta el 2015 cuando entro en aplicación el RSPCCC-2015.

Con estos antecedentes, en la actualidad las normas que regulan la *acción por incumplimiento* son: la Constitución, la LOGJCC y el RSPCCC-2015.

2. Estudio comparado de la acción por incumplimiento: los casos de Colombia, Bolivia y Venezuela

Como se verá más adelante, la *acción por incumplimiento* es una garantía jurisdiccional que aparece a partir del año 1990 en la región, y es por ello que, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador indicó que:

En el marco derecho constitucional comparado, se puede apreciar que durante las últimas décadas, particularmente en América Latina, se ha dado un proceso permanente y progresivo del reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías; en este escenario es que se ha introducido en los ordenamientos constitucionales una más clara y completa formulación de derechos y, simultáneamente, se ha constitucionalizado diversos institutos procesales de exigibilidad y defensa de la Constitución y la ley; uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley es precisamente esta acción,⁴⁷⁶

Que avanza simultáneamente con el progreso de los derechos que han sido reconocidos de manera innovadora por parte del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Este análisis comparado, presenta un estudio de los países que son parte del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, como: Colombia, Bolivia y Venezuela. Se utilizará este orden, ya que la acción constitucional venezolana propone algunas particularidades

⁴⁷⁶ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 0008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 11.

especiales por lo que será analizada al final, pese, a que la Constitución de Venezuela fue adoptada luego de la colombiana.

El trabajo no desea mostrar una profundización de los sistemas de garantías de los países del nuevo constitucionalismo latinoamericano, sino una observación de varias acciones específicas en relación a la acción por incumplimiento.

2.1. *Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de cumplimiento: el caso de la Constitución colombiana de 1991*

En la normativa colombiana, existe una garantía constitucional que tiene relativa similitud con la *acción por incumplimiento* en el Ecuador, este procedimiento está reconocido por la Constitución colombiana como *acción de cumplimiento*.

La *acción de cumplimiento*, al igual que en el Ecuador es una innovación da partir de 1991 —la primera Constitución del nuevo constitucionalismo latinoamericano—; desde entonces, el reconocimiento en su texto despertó “actitudes, expectativas y sentimientos encontrados: algunos manifestaron sus reticencias y temores frente a la puesta en marcha de un mecanismo judicial que, a su juicio, amenazaba con desquiciar el funcionamiento mismo del Estado; otros vieron [...] un medio para materializar los fines del estado social de derecho.”⁴⁷⁷ lo que significó, varios conflictos para su implementación y aplicación. En este contexto, “En el marco del Derecho comparado, tenemos que la constituyente colombiana en 1991 tuvo que enfrentar estos casos de inacción, donde el servidor público “*acata la ley pero no la cumple*”, tal como lo señaló el constituyente colombiana *Álvaro Gómez Hurtado*.”⁴⁷⁸ esencia central de su garantía constitucional.

La *acción de cumplimiento*, se encuentra regulada por dos normas internas: la Constitución, que es la que reconoce de manera general a la acción, y la ley 393 de 1997,⁴⁷⁹ que es la que formula su procedimiento. De manera general, la Constitución

⁴⁷⁷ Alejandro Ramelli, “La acción de cumplimiento: ¿Un instrumento jurídico al servicio del Estado social de derecho en Colombia”, *Revista Derecho del estado*, n° 8 (2000): 85- 125, 85.

⁴⁷⁸ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 0008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 10.

⁴⁷⁹ La Ley 393 de 1997, fue publicada en el Diario Oficial 43.096, el 29 de julio de 1997.

colombiana establece que “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley, o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”,⁴⁸⁰ sin considerar de manera expresa la existencia de una acción, pero, lo que la Ley 393 de 1997 la ha institucionalizado como *acción de cumplimiento*, es decir, el texto constitucional recoge la posibilidad que tiene una persona para solicitar el cumplimiento de una ley o acto administrativo, mientras que la Ley 393 la establece como *acción de cumplimiento*.

La *acción de cumplimiento* puede ser presentada por cualquier persona, funcionario público u organización (gubernamental o no gubernamental),⁴⁸¹ lo que muestra un reconocimiento amplio de los titulares de la misma, sobre este tema, la *acción por incumplimiento* en el Ecuador presenta el mismo sistema amplio respecto a los titulares.⁴⁸²

Por otro lado, la *acción de cumplimiento*, tiene como objeto “hacer efectivo el cumplimiento de una ley, o un acto administrativo”, lo que propone una de las diferencias más significativas; esto se presenta, porque la *acción por incumplimiento* en el Ecuador tiene un carácter mucho más amplio: primero, que garantiza la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico ecuatoriano, considerando también a los actos administrativos⁴⁸³ —como lo hace la acción constitucional colombiana—, pero,

⁴⁸⁰ Colombia, “Constitución Política de Colombia”, en *Gaceta Constitucional No 114*, (4 de julio de 1991), art. 87.

⁴⁸¹ La Ley 393 de 1997, en el Diario Oficial 43.096, establece en el artículo 4: “Titulares de la Acción. Cualquier persona podrá ejercer la Acción de cumplimiento frente a normas con fuerza material de Ley o Actos Administrativos. También podrán ejercitar la Acción de Cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Actos Administrativos: a) Los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales. b) Las Organizaciones Sociales. c) Las Organizaciones No Gubernamentales.”.

⁴⁸² El artículo 86 de la Constitución del Ecuador establece que: “1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

⁴⁸³ La Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, en la Sentencia No 0007-09-SAN-CC, del Caso No 0024-2009-AN de fecha 09 de diciembre de 2009, en una sentencia por una acción por incumplimiento contra el Ministerio de Defensa, en su página 9 expone que: “Corresponde a esta Corte,

además vincula a los sistemas internacionales de protección a través del *cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos*.

En el caso colombiano, el hecho de garantizar únicamente uno de los dos objetivos que reconoce la garantía ecuatoriana, formula que la *acción de cumplimiento*, sea una garantía de carácter exclusivamente procedimental;⁴⁸⁴ en cambio en el caso ecuatoriano, al reconocer las sentencias de organismos internacionales paralelamente están garantizando un derecho “la reparación”: primero, porque la sentencia por si misma es parte de la reparación,⁴⁸⁵ y segundo, porque en varias de las sentencias de la *Corte Constitucional* ecuatoriana, en la parte resolutive se dispone como elemento sustancial de la sentencia la *reparación integral*. Además, en el caso ecuatoriano la acción constitucional, apoya al cumplimiento de las obligaciones que ha adquirido el Ecuador con los organismos internacionales de derechos humanos.

Otra de las diferencias en los casos de análisis, es la persona que resuelve la acción: en el caso colombiano, quién resuelve la garantía jurisdiccional en primera instancia son los Jueces Administrativos y en segunda instancia los Tribunales Contenciosos Administrativos;⁴⁸⁶ en cambio, en el caso ecuatoriano la acción es resulta por la Corte Constitucional.

en el presente caso, ordenar el cumplimiento del acto administrativo incumplido, decisión que es de carácter dispositivo y manda la reincorporación de los suboficiales accionantes en la presente causa y que fueron puestos en disponibilidad.”, con lo que se muestra la competencia de la acción constitucional para decidir sobre actos administrativos.

⁴⁸⁴ Alejandro Ramelli indica que: “Por último conviene señalar que, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en sentencia del 29 de abril de 1998, la reglamentación de la acción de cumplimiento no precisa ser tramitada como una ley estatutaria, de las que trata el artículo 152 de la Constitución Política, ya que, en sentir de esta instancia judicial, se trata de una ley de carácter exclusivamente procedimental.”*

* Alejandro Ramelli, “La acción de cumplimiento: ¿Un instrumento jurídico al servicio del Estado social de derecho en Colombia”, *Revista Derecho del estado*, n° 8 (2000): 85- 125, 93.

⁴⁸⁵ La Corte Constitucional, en la Sentencia No 011-13-SAN-CC, del Caso No 0003-10-AN, de fecha 11 de diciembre de 2013, sobre una acción por incumplimiento, en una acción contra el Servicio de Rentas internas, establece en su pág. 13 que: “En consideración a que el Servicio de Rentas Internas ha dejado sin efecto el acto que provocó la vulneración de derechos, se establece que esta sentencia en sí misma constituye una forma de reparación.”.

⁴⁸⁶ El artículo 3 de la Ley 393 de 1997, establece que: “Competencia. De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera

A parte, tanto la *acción por incumplimiento* —en el caso ecuatoriano— y la *acción de cumplimiento* —en el caso colombiano—, son acciones que presentan un aspecto subsidiario ya que ambas pueden ser admitidas cuando no exista otra acción constitucional que proteja los derechos reconocidos por las mismas.⁴⁸⁷

2.2. *Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de cumplimiento: el caso de la Constitución boliviana de 2009*

Al igual que en Ecuador y Colombia, la *acción de cumplimiento* —acción por *incumplimiento en el Ecuador*— es una innovación de la Constitución boliviana de 2009. La Constitución boliviana, reconoce de manera explícita las siguientes garantías constitucionales: la acción de libertad (art. 125-127),⁴⁸⁸ la acción de amparo constitucional (art. 128-129), la acción de protección de privacidad (art. 130-131), la acción de inconstitucionalidad (art. 132-133), la acción de cumplimiento (art. 134) y la acción popular (art. 135-136).

De los países que son parte de este análisis comparado, únicamente Ecuador y Bolivia, proponen de manera expresa en su texto constitucional una acción constitucional con estas características, ya que como se mostró en el caso colombiano, la Constitución únicamente menciona.

instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.”.

⁴⁸⁷ La acción de cumplimiento, como lo indica Alejandro Ramelli “es un mecanismo procesal subsidiario, queriendo con ello decir que la procedencia de ésta se encuentra supeditada, al tenor del artículo 9.2 de la ley 393 de 1997, a la inexistencia de otro «instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de una norma o acto administrativo, salvo, que no de proceder, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante».” *

* Alejandro Ramelli, “La acción de cumplimiento: ¿Un instrumento jurídico al servicio del Estado social de derecho en Colombia”, *Revista Derecho del estado*, n° 8 (2000): 85-125, 93.

⁴⁸⁸ Estos artículos refieren a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

La *acción de cumplimiento* en Bolivia se encuentra regulada por la Constitución y el Código Procesal Constitucional Boliviano⁴⁸⁹ —desde el artículo 64 al 67—. De manera general, la Constitución boliviana establece que la *acción de cumplimiento* procederá “en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”,⁴⁹⁰ y de manera específica, como lo expone la Sentencia del Constitucional Plurinacional (SCP) 1387/2016-S3, la acción de cumplimiento debe ser entendida:

como la potestad que tiene toda persona —individual o colectiva— de activar la justicia constitucional en defensa de la Constitución Política del Estado y de las normas jurídicas, ante el incumplimiento de deberes concretos contenidos en ellas. Es una acción sumaria, ágil y expedita a favor del ciudadano, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción constitucional, que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, otorgando seguridad jurídica y materializando el principio de legalidad y supremacía constitucional,⁴⁹¹

El fin central de la garantía es la protección de la Constitución y la ley, ya que propone una protección para los principios de legalidad y supremacía constitucional, principios, que al igual que en el Ecuador y Colombia, son salvaguardados por la *acción por incumplimiento* y la *acción de cumplimiento* respectivamente.

Como lo afirma el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP-B) “lo señalado no significa que la acción de cumplimiento, de manera directa o indirecta, no tutele derechos y garantías; sino que su objetivo es garantizar el cumplimiento de deberes previstos en la Constitución y las leyes”,⁴⁹² lo que muestra una similitud con la *acción de cumplimiento* prevista en la Constitución colombiana.

⁴⁸⁹ El Código Procesal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, entró en vigencia el 5 de julio de 2012.

⁴⁹⁰ Bolivia, “Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia” en *Gaceta Oficial*, (7 de febrero de 2009), art. 134.

⁴⁹¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Fundamentos Jurídicos del Fallo”, en *Sentencia Constitucional Plurinacional 1387/2016-S3*, (Sucre, 2 de diciembre de 2016), párr. 3.

⁴⁹² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Fundamentos Jurídicos del Fallo”, en *Sentencia Constitucional Plurinacional 1387/2016-S3*, (Sucre, 2 de diciembre de 2016), párr. 6.

Al igual que la acción constitucional colombiana, la boliviana únicamente puede ser interpuesta para garantizar la ejecución de una norma, lo que difiere de la amplitud que tiene la acción constitucional ecuatoriano, ya que la *acción por incumplimiento* protege el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales, lo cual, como se expuso vincula derechos propios como la reparación y el cumplimiento de obligaciones adquiridas con organismos internacionales de derechos humanos.

Profundizando el análisis de los objetivos, *la acción de cumplimiento* en el caso boliviano únicamente se refiere a las leyes, esto, queda claro cuando el TCP-B expone la diferencia entre dos acciones constitucionales, indicando que: “corresponde establecer cuál es la diferencia existente entre el amparo constitucional por omisión y la acción de cumplimiento, considerando que la primera, de acuerdo al art. 128 de la CPE, procede contra actos ilegales u omisiones ilegales o indebidas y la segunda, procede ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales, que constituyen precisamente una omisión.”;⁴⁹³ esto, es similar en el caso ecuatoriano, no así en el caso colombiano, ya que la *acción de cumplimiento* en Colombia puede ser interpuesta cuando no se ha cumplido actos públicos.

La *acción de cumplimiento*, puede ser interpuesta ante cualquier juez competente⁴⁹⁴ y en segunda instancia ante el TCP-B,⁴⁹⁵ lo que muestra, que el procedimiento es similar al adoptado por Colombia en su garantía; no así en el caso ecuatoriano, ya que la acción por incumplimiento debe ser interpuesta ante la *Corte Constitucional*. Además, al igual que en los casos ecuatoriano y colombiano, la acción de cumplimiento en Bolivia puede

⁴⁹³ *Ibíd.*, párr. 6.

⁴⁹⁴ De acuerdo al artículo 134 de la Constitución Plurinacional de Bolivia: II. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional”

⁴⁹⁵ Conforme al artículo 10 del Código Procesal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia: “1. El tribunal Constitucional Plurinacional emitirá las siguientes resoluciones: 1. Sentencias Constitucionales. Resuelven las acciones, demandas y recursos, así como en revisión las acciones de defensa”. Las acciones de defensa de acuerdo a la Constitución Política de Bolivia son: la acción de libertad (art. 125-127), la acción de amparo constitucional (art. 128-129), la acción de protección de privacidad (art. 130-131), la acción de inconstitucionalidad (art. 132-133), la acción de cumplimiento (art. 134) y la acción popular (art. 135-136).

ser interpuesta, siempre y cuando, no sea viable otras acciones como la de libertad, protección de privacidad o popular.⁴⁹⁶

2.3. *Análisis comparado de la acción por incumplimiento y la acción de amparo: el caso de la Constitución venezolana de 1999*

El caso venezolano ha sido analizado al final porque como se mostrará es un caso especial, ya que, presenta dos particularidades: la primera, que en su texto constitucional o su norma procedimental, no se encuentra reconocida una garantía específica como es el caso de los dos países anteriormente comparados —Colombia que establece en la Ley 393 y Bolivia en su Constitución—, y segundo, que la norma procedimental esta vigente desde 1988, es decir varios años antes de que se apruebe la actual Constitución.

Con respecto a la primera particularidad, no es que el Estado venezolano no tiene garantías constitucionales, sino que, tiene una que cumple con varias funciones, esta acción es el *amparo constitucional*. El *amparo*, se encuentra reconocido en el artículo 336 de la Constitución venezolana, el cual dentro de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, establece que : “10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control constitucional de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la Republica, en los términos establecidos por la ley orgánica.”⁴⁹⁷

El *amparo constitucional*, también se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; esta norma, reconoce 5 tipos de amparos: 1. Amparo contra normas (art. 3), Amparo contra decisiones judiciales (art. 4), Amparo cautelar (art. 5), Habeas corpus (art. 38) y Amparo sobrevenido (art. 6 numeral 5). Para el presente trabajo, el que tiene especial atención, es el *Amparo* contra normas, el cual, se encuentra reconocido en el artículo 3 e indica que: “También es procedente la acción, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia que resuelva la acción interpuesta

⁴⁹⁶ El artículo 66 del Código Procesal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, establece como causa de improcedencia: “1. Cuando sea viable la interposición de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular”.

⁴⁹⁷ Venezuela, “Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”, (15 de diciembre de 1999), art. 336.

deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.”⁴⁹⁸ En este contexto, el artículo citado al indicar que “también es procedente la acción” —al referirse al Amparo constitucional—, formula lo que se había expuesto antes, que esta forma de acción —la venezolana— únicamente es una modalidad del *Amparo* constitucional.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que este mecanismo de Amparo constitucional puede ser interpuesto bajo providencia judicial y resultado por un Juez ordinario, luego de lo cual, el Juez debe informar a la Corte Suprema de Justicia; este sistema, es similar en los países de Colombia y Bolivia, no así con el Ecuador ya que en este la acción de protección debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional.

Así también, el artículo tres de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales presenta la protección exclusivamente contra leyes que colidan con la Constitución, sin considerar actos normativos ni administrativos, mucho menos la ejecución de sentencias internacionales como lo propone el caso ecuatoriano. Lo que si muestra el texto constitucional es esa estructura constitucional fuerte que coadyuva a los principios de legalidad y supremacía constitucional que han sido analizados y que son parte central de las acciones de cumplimiento desarrolladas, por ejemplo, el artículo 334 establece que “En el caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, de oficio, decidir lo conducente”,⁴⁹⁹ lo que si bien, no es una acción constitucional pero formula la aplicación directa de la Constitución en todos los tribunales del Estado.

Además otra particularidad, es que la Constitución venezolana fue promulgada el 20 de diciembre de 1999, texto que, como se manifestó en un capítulo anterior propone algunas modificaciones estructurales ya que la misma llego luego de un proceso especial, lo cual la a categorizado dentro del grupo del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, pero, la norma en la cual se establece el sistema procedimental del Amparo constitucional, se mantiene vigente desde el 27 de septiembre de 1988. Esto es

⁴⁹⁸ Venezuela, “Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”, en *G.O. (34060)*, (27 de septiembre de 1988), art. 3.

⁴⁹⁹ Venezuela, “Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”, (15 de diciembre de 1999), art. 334.

un caso único ya que por ejemplo: en el caso colombiano, la Constitución fue promulgada el 4 de julio de 1991 y la norma con la cual se establece la aplicación de la garantía constitucional “Ley 393 de 1997” entro en vigencia el 29 de julio de 1997. El caso ecuatoriano es similar, la Constitución ecuatoriana fue promulgada el 20 de octubre de 2008 y las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición entró en vigencia el 13 de noviembre del 2008. El caso boliviano de la misma manera, su Constitución entró en vigencia el 7 de febrero de 2009 y el Código Procesal Constitucional entro en aplicación el 5 de julio de 2012.

3. La acción por incumplimiento en el contexto material: un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana (2008- 2018)

Uno de los principales retos que ha tenido el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y el propio *Estado constitucional de derechos y justicia*⁵⁰⁰ ha sido la protección de los derechos que han sido incluidos a partir de la década de 1990, para lo cual, se han creado varios sistemas de garantías que han avanzado paralelamente a la protección de estos derechos. Una de estas garantías ha sido la *acción por incumplimiento*.

Otro de los retos —y el que considero como más importante— ha sido la materialización de la protección de los derechos a través de estos nuevos mecanismos de garantía, es por ello que, esta parte del trabajo propone un análisis sobre la materialización de una de estas nuevas garantías, *la acción por incumplimiento*.

Como se expuso anteriormente, la *acción por incumplimiento* no es un mecanismo nuevo en la región, pero si es un mecanismo nuevo en el Ecuador. En la región apareció con la Constitución colombiana de 1991 y con el nombre de acción de cumplimiento, este mismo nombre lo adoptó la Constitución boliviana en el 2009 con la finalidad de empoderar a los ciudadanos “del derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso,

⁵⁰⁰ Véase el capítulo 2 del presente trabajo. En este, se expone las particularidades e innovaciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, así como del Estado constitucional de derechos y justicia.

que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo”.⁵⁰¹

El objetivo que han tenido los dos Estados —Colombia y Bolivia— sin duda es similar, y hasta cierto punto, también el Ecuador en su primera parte cuando indica que la *acción por incumplimiento* tiene como objeto *garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico*,⁵⁰² pero, la amplitud del mecanismo propuesto por el Ecuador, al indicar que la acción también debe *garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos*,⁵⁰³ es algo completamente innovador, propio del Estado constitucional de derechos y justicia. La Corte Constitucional al referirse a la *acción por incumplimiento* ha indicado que:

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el adoptado por nuestro país con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el ser humano debe ser objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de las normas sólo sea posible en la medida que estas se ajusten y no contradigan a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, de los que el Ecuador es parte.⁵⁰⁴

Esta vinculación de los estándares internacionales de derechos humanos a través de la acción por incumplimiento muestran aquel pluralismo jurídico esencial del Estado constitucional de derechos y justicia, ya que, como se indicó en un capítulo anterior, “El estado de derecho reconoce sólo una fuente de validez normativa, que es estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas

⁵⁰¹ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 0008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 11.

⁵⁰² Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 93.

⁵⁰³ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 93.

⁵⁰⁴ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 005-10-SAN-CC”, *Caso No 0010-09-AN*, (09 de diciembre de 2010), pág. 6.

jurídicos.”,⁵⁰⁵ como es el caso de los informes y sentencias de organismos internacionales de derechos humanos.

En este contexto, los jueces constitucionales poseen un rol preponderante en la garantía de los derechos de las personas, mucho más aun, en este modelo de Estado —el Estado constitucional de derechos y justicia—, ya que, con su hermenéutica, tienen “mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos constitucionales; al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos”;⁵⁰⁶ esto se presenta aun más visiblemente en la *acción por incumplimiento* ya que de acuerdo al mandato constitucional son específicamente estos jueces los encargados de emitir sentencia en esta garantía jurisdiccional.

Es por ello que, en esta parte el trabajo se realiza un estudio de las sentencias relativas a la acción por incumplimiento emitidas por la Corte Constitucional, con el objeto de analizar una de las acciones jurisdiccionales más representativas del Estado constitucional de derechos y justicia —por todo lo que se ha expuesto—, y observar si esta, ha sido una herramienta adecuada para consolidar este modelo de Estado y garantizar los derechos humanos.

El estudio esta dividido en tres partes: en la primera parte se formulará una observación general de las sentencias; luego, en una segunda parte se realizará un análisis más profundo de las mismas, en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, es por ello que a las decisiones constitucionales, serán estudiadas a partir de las sentencias de organismos internacionales, específicamente las sentencias de la Corte IDH, y desde el pluralismo jurídico. En una tercera parte, se realizará un estudio de la reparación en las sentencias de acción por incumplimiento.

Si bien, en uno de los puntos se analizará específicamente la acción por incumplimiento en el Estado constitucional de derechos y justicia, esto no significa, que los conceptos y principios desarrollados en otros capítulos del presente trabajo serán tomados en

⁵⁰⁵ Ramiro Ávila, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, en *Revista Spondilus*, (Quito: UASB, 2012), 1-25, 16, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>.

⁵⁰⁶ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 005-10-SAN-CC”, *Caso No 0010-09-AN*, (09 de diciembre de 2010), pág. 6.

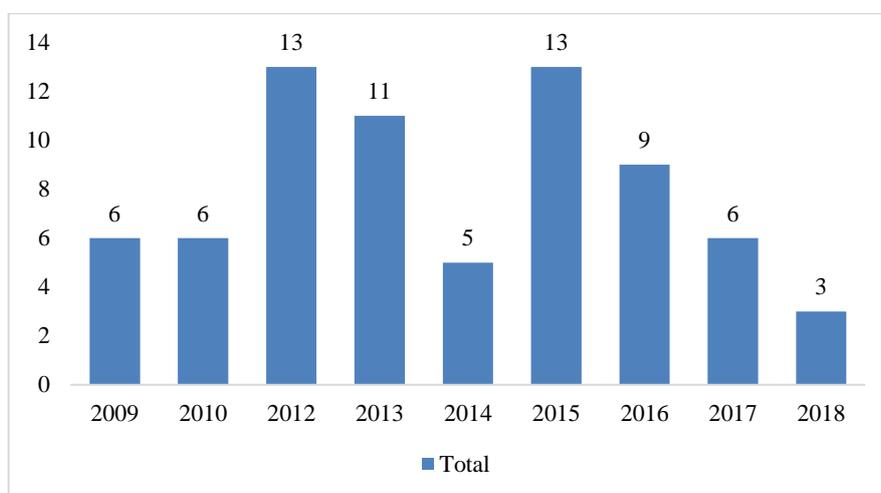
consideración únicamente en este punto, sino que, serán elementos transversales en todo el trabajo ya que la acción por incumplimiento es una innovación propia de este sistema de Estado.

3.1. *Análisis general de las sentencias de acción por incumplimiento*

A partir del 2008, entra en vigencia la actual Constitución del Ecuador a través de un proceso que ha sido considerado como uno de los más democráticos de la región,⁵⁰⁷ con ello aparece en el marco constitucional *la acción por incumplimiento*. El presente trabajo aborda el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional a partir de la instauración de esta nueva garantía jurisdiccional, hasta el año enero de 2018.

Gráfico N° 1

Sentencias de acción por incumplimiento (2008- 2018)



Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional. Elaboración: Emilio G. Terán A.

⁵⁰⁷ Véase el capítulo 2 del presente trabajo, sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

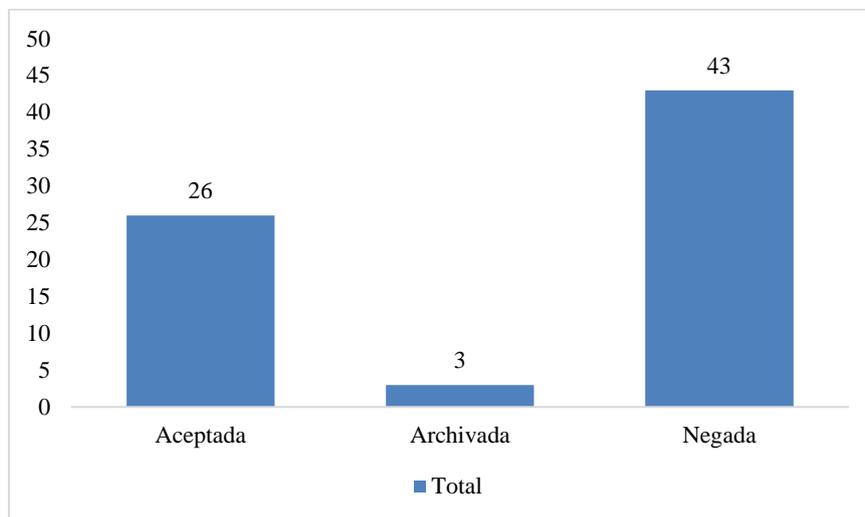
A partir de 2008, existen 72 sentencias emitidas por las Cortes Constitucionales que ha tenido el Ecuador, con circunstancias especiales en los años 2012 (13) y 2015 (13), años en los que se realizaron los cambios de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición a la primera Corte Constitucional —6 de noviembre de 2012— y el cambio de los primeros tres jueces constitucionales —5 de noviembre de 2015—, lo que muestra que al finalizar cada una de las gestiones —2012 y 2015— los jueces constitucionales intentaron evacuar el mayor número de sentencias que se encontraban represadas en la Corte Constitucional.

En este contexto, se debe tener en consideración que previo a la sentencia, el caso de la acción por incumplimiento debe ingresar a la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, luego de lo cual, a través de una providencia se admite o se niega el trámite el cual pasa para que el Pleno de la Corte Constitucional pueda emitir una sentencia. La Sala de Admisión de la Corte Constitucional está Conformada por los propios jueces, los cuales a través de un sorteo abocan conocimiento y emiten un pronunciamiento sobre la admisión o negación de la causa conforme al artículo 57 de la LOGJCC.⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ El artículo 57 de la LOGJCC establece que: “Procedimiento.- Presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones lo admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes. En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente. En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes. En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.”.

Gráfico N° 2

Resoluciones de las sentencias de acción por incumplimiento)



Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional. Elaboración: Emilio G. Terán A.

De las 72 sentencias emitidas por la Corte Constitucional, únicamente el 36% de los pedidos ha tenido un resultado positivo, a diferencia del 70% de casos que han tenido una sentencia negativa. Del análisis de las sentencias negadas —específicamente del 70%— se ha podido identificar 15 causas por las cuales la Corte Constitucional ha emitido su dictamen negativo:

Tabla No 12		
Causas por las que se negó la acción por incumplimiento		
Ord.	Causa de la negación de la sentencia	Eventos
1	El acto se realizó antes de la vigencia de la Constitución de 2008	2
2	El Estado ecuatoriano cumplió con el caso	1
3	El pedido no cumplió con las formalidades	1
4	El pedido no es relativo a una norma	1
5	El peticionario no cumple con la norma	6
6	La Corte Constitucional no es competente con el caso	1
7	La ley no genera una obligación de hacer, clara, expresa y exigible	14
8	La petición no es clara	1
9	No existe un incumplimiento de la ley	8
10	No hay una relación entre la solicitud y la acción por incumplimiento	1
11	No se cumplió con el reclamo previo	2
12	No se puede resolver con la acción por incumplimiento	2
13	Se aplica la ley de manera adecuada	1
14	Se cumplió con el pedido en primera instancia	1
15	Se declaró abandonado el proceso en otra instancia	1
	Total general	43

Elaboración del autor. Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional.

En este contexto, resulta incongruente considerando que —como se había dicho—, las causas que ingresan a la Corte Constitucional deben cumplir con un proceso de admisión en la Sala de Admisiones. La Sala de Admisiones de la Corte Constitucional debe considerar —de acuerdo al artículo 56 de la LOGJCC— cuatro causales para declarar la admisión:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.
4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

Es decir, de acuerdo a las causas por las cuales la Corte Constitucional niega la acción por incumplimiento —15 identificadas—, únicamente 3 de estas —la 1, 2 y 15 de acuerdo a la tabla xxxx— no se enmarcan en la inadmisión establecida en el artículo 56 de la LOGJCC. En otras palabras, la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional debía haber negado 39 casos, ya que estos se encuentran en las causas de inadmisión establecidas en el 56 de la LOGJCC.

La Corte Constitucional, para determinar que existe una obligación de hacer o no hacer, expone que se debe realizar un análisis, con el cual, se pueda identificar tres elementos “que son: i) titular, ii) contenido y iii) obligado”.⁵⁰⁹ Luego, lo que indica la propia Constitución, es que esta obligación de hacer o no hacer, debe ser: clara, expresa y exigible. La Corte Constitucional a indicado que: para determinar que una obligación es clara, “la interpretación de esta es evidente y no requiere de interpretaciones extensivas para poder ser identificada”,⁵¹⁰ es decir, que no necesita de ninguna interpretación. Para determinar que la obligación es expresa “cuando existe una constancia documentada de la existencia de la misma, conteniendo la forma en la cual debe plasmarse la ejecución de esta”;⁵¹¹ y exigible, cuando “el deber de cumplir se encuentra directamente relacionado con el respeto de normas constitucionales e infraconstitucionales, así como el derecho a exigir el cumplimiento con la determinación del sujeto o sujetos que llevarán a efecto mismo”.⁵¹² Esta metodología que ha sido propuesta por la Corte

⁵⁰⁹ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 001-16-SAN-CC”, *Caso No 0029-12-AN*, (17 de febrero de 2016), 7.

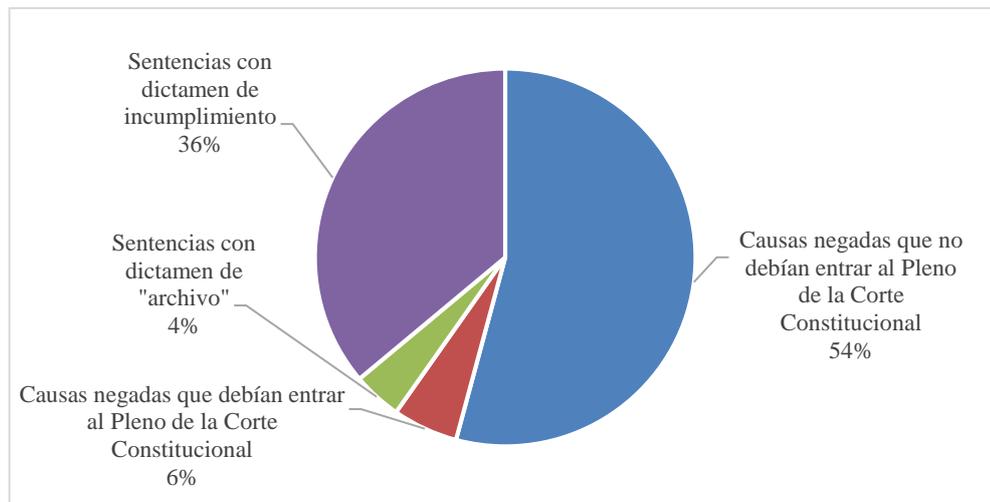
⁵¹⁰ *Ibíd.*, 9.

⁵¹¹ *Ibíd.*, 9.

⁵¹² *Ibíd.*, 9.

Constitucional ecuatoriana, servirá para identificar si las sentencias de la Corte IDH contienen una *obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible*.

Gráfico N° 3
Porcentaje general de los casos que no debían ingresar al Pleno de la Corte Constitucional)



Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional. Elaboración: Emilio G. Terán A.

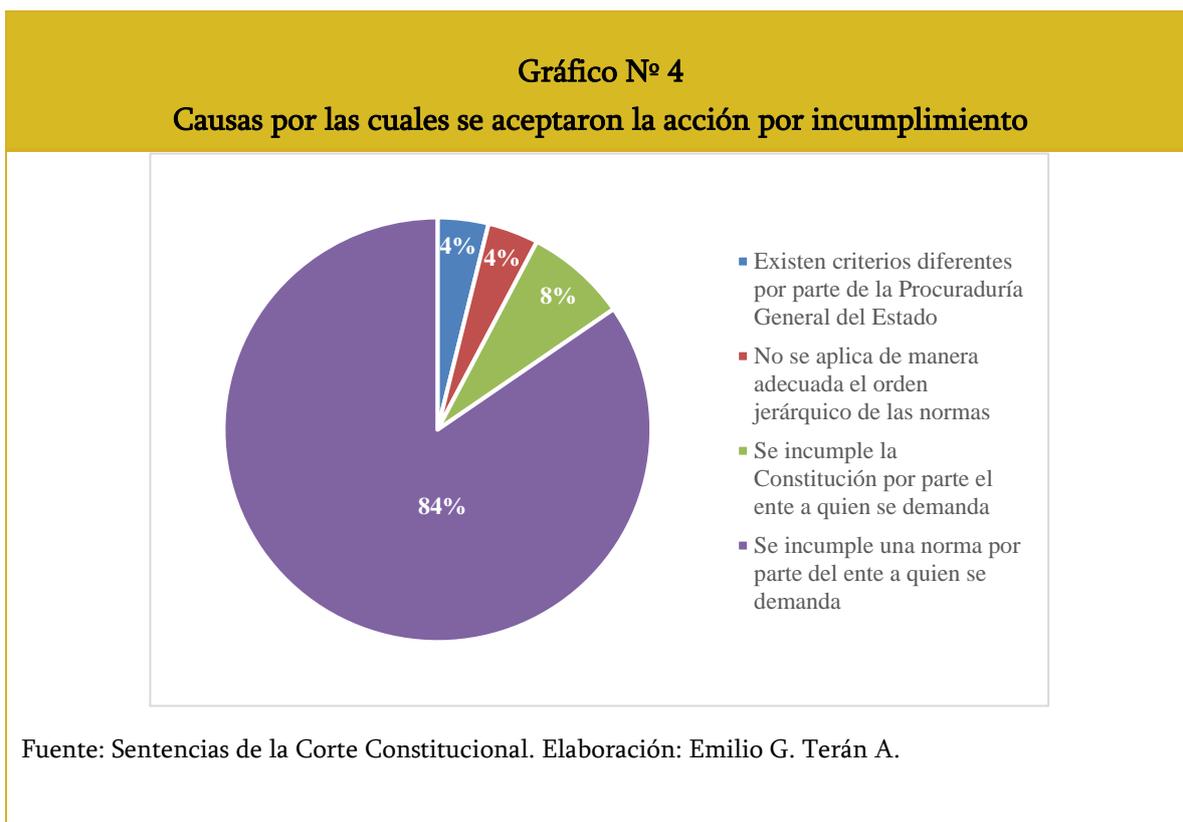
En el ámbito general, el 54% de las sentencias debían haber sido desechadas en primera instancia —en la Sala de Admisiones de la Corte constitucional— y no debía ingresar al Pleno de la Corte Constitucional.

Ahora bien, con respecto de las sentencias que fueron aceptadas por la Corte Constitucional —26 casos—, estas, en su parte resolutive identifican que se ha violentado el derecho consagrado en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador el cual expone que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”,⁵¹³ es decir, de manera material la acción por

⁵¹³ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 82.

incumplimiento —como se ha expuesto anteriormente— tiene como objetivo central la protección del derecho a la *seguridad jurídica*. Uno de los ejemplos se muestra en la Sentencia No 011-13-SAN-CC, la cual, en su parte resolutive exhibe esta afirmación indicando que: “Declarar vulnerados el derecho constitucional a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, así como el principio de legalidad, establecido en el artículo 226 ibídem [...]”.⁵¹⁴ Entonces —como se indicó— el principio de legalidad tiene relación directa con el derecho a la seguridad jurídica, y como se observa, el objetivo material de la acción por incumplimiento es la protección de este.

Además, en el análisis de las sentencias positivas, se pudo identificar 4 causas por las cuales fueron aceptadas las mismas, estas son: que existen criterios diferentes por parte de la Procuraduría General del Estado, que no se aplica de manera adecuada el orden jerárquico de las normas, que se incumple la Constitución por parte del ente a quien se demanda y, que se incumple una norma por parte del mismo ente.

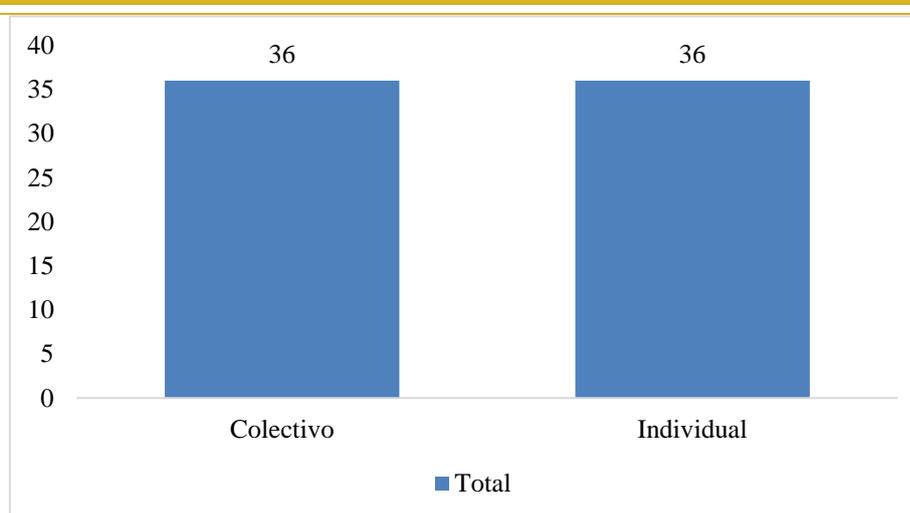


⁵¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 011-13-SAN-CC”, *Caso No 0003-10-AN*, (11 de diciembre de 2013), 13.

De estas cuatro causas, la que ha sido mayormente citada por la Corte Constitucional es: que se incumple una norma por parte del ente a quien se le demanda la acción por incumplimiento. Al indicar “ente”, se hace referencia a “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”,⁵¹⁵ que de acuerdo al artículo 86 de la Constitución ecuatoriana, puede solicitar cualquiera de las garantías jurisdiccionales; esto, como se manifestó anteriormente es uno de los avances que ha tenido la Constitución del Ecuador de 2008.

Gráfico N° 5

Grupo o persona que interpone la acción por incumplimiento



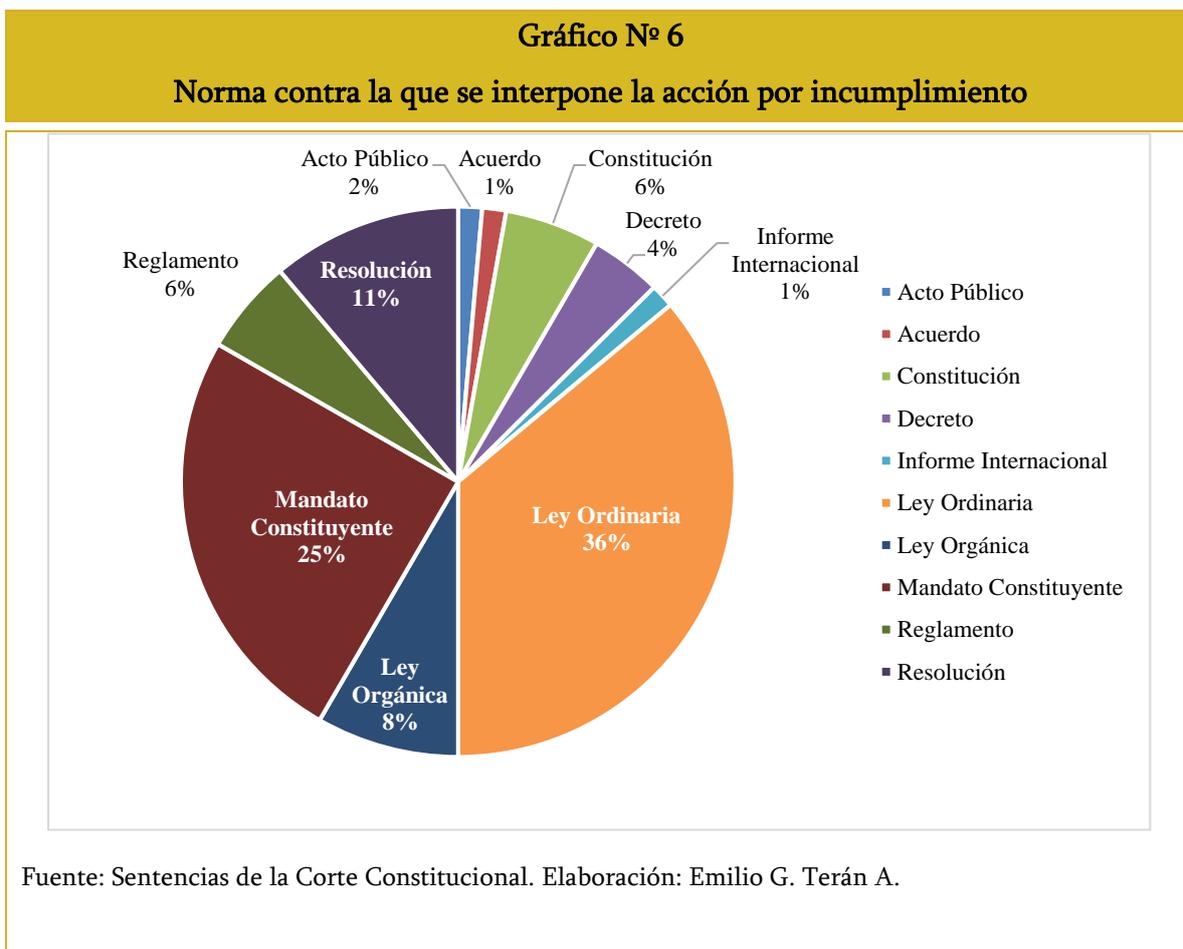
Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional. Elaboración: Emilio G. Terán A.

De acuerdo al análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, el 50% de estas, han sido solicitadas de manera colectiva, acto que no era permitido en la Constitución de 1998, ni en otros sistemas comparados, pero como se observa, esto ha permitido el acceso a otro grupo de personas, comunidades, etc.

Con la finalidad de cumplir con la protección del derecho a la seguridad jurídica, la acción por incumplimiento debe ser interpuesta solicitando el incumplimiento de una norma, como bien lo expone la Constitución del Ecuador, para proteger el

⁵¹⁵ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 86.

cumplimiento de normas que integran el sistema jurídico y sentencias o informes de organismos internacionales. En este contexto, las sentencias en su mayoría han sido interpuestas para solicitar el cumplimiento de leyes ordinarias —26 de 72 sentencias— y de mandatos constituyentes —18 de 72 sentencias—



Lo que resulta especial de este análisis, es que, del total de 72 sentencias, una, ha sido interpuesta para solicitar el cumplimiento de un informe internacional; es por ello que, esta particularidad será analizada más adelante.

3.2. *Análisis especial de las sentencias de acción por incumplimiento: un estudio desde el Estado constitucional de derechos y justicia*

Cualquier análisis a *priori*, podría confundir el objetivo propio de la *acción por incumplimiento* al resaltar que esta garantía se encarga de la protección del derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador, pero el análisis debe ser más profunda e integrar los principios del Estado constitucional de derechos y justicia.

En un análisis *supra*, se indicó que la Corte Constitucional en las sentencias positivas, citó textualmente que se había declarado la existencia de la vulneración “del derecho constitucional a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución de la Republica”;⁵¹⁶ el artículo 82 indica que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”;⁵¹⁷ en este contexto, el rol que tiene la Constitución en la *acción por incumplimiento* formula que el análisis deba partir del papel que tiene esta norma jurídica en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y en especial en el *Estado constitucional de derechos y justicia*.

En el *Estado constitucional de derechos y justicia*, la estructura de la Constitución es especial, “La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución.”;⁵¹⁸ es decir, los derechos tienen una preponderancia a los sistemas jurídicos y orgánicos propios de una Constitución.

Con este antecedente, el análisis de los jueces constitucionales debería ser amplio para cumplir con la protección de la Constitución, pero, no de la Constitución como una mera norma, sino, de la Constitución como un mega-mecanismo de protección de los derechos. Sin duda alguna, esta consideración resulta progresista y hasta cierto punto

⁵¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 006-15-SAN-CC”, *Caso No 0041-13-AN*, (27 de mayo del 2015), 21.

⁵¹⁷ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 82.

⁵¹⁸ Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: MJDHC, 2008), 36.

utópica, pero por lo menos, el objetivo debería ser: el no limitar a la *acción por incumplimiento* a una mera garantía normativa; esto ha sido evidenciado por la Corte Constitucional, la cual expone que:

El juez constitucional, en su labor hermenéutica, tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos constitucionales; al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que en estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos; el juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la defensa de los derechos fundamentales.⁵¹⁹

En este contexto, la facultad de la aplicación material de los principios del Estado constitucional de derechos y justicia en las garantías constitucionales —como es el caso de la acción por incumplimiento— se le otorga a los Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, es por ello, que su argumentación debe abarcar los principios propios de este sistema de Estado. Además, “La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos. Como bien lo dice *Robert Alexy*, los jueces constitucionales ejercen una “*representación argumentativa*””.⁵²⁰

En el caso de la acción por incumplimiento, otro rol fundamental lo tienen los ciudadanos, ya que como indica la propia Corte Constitucional: “Esta acción incide positivamente en conformar a los ciudadanos como garantes de la Constitución, en este caso controlando la ausencia de desarrollo de los mandatos que la constitución y las leyes dirigen a los poderes públicos”,⁵²¹ esto se cumple, porque de acuerdo al artículo 86 de la Constitución del Ecuador “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad,

⁵¹⁹ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 0008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 9.

⁵²⁰ *Ibíd.*, 9.

⁵²¹ *Ibíd.*, 10.

pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.⁵²² Ahora bien, como lo afirmó Ramiro Ávila,

el estado de derechos también significa que se reconoce la pluralidad jurídica. El estado de derecho reconoce sólo una fuente de validez normativa, que es el estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional.⁵²³

En ese contexto, se ve imprescindible analizar el cumplimiento de las sentencias de organismos internacionales de derechos humanos, ya que esta acción, es uno de los objetivos que protege la *acción por incumplimiento*; así también, es importante realizar un análisis de la aplicación del pluralismo jurídico en las sentencias de acción por incumplimiento, ya que este, es uno de los elementos propios del Estado constitucional de derechos y justicia.

3.2.1. La acción por incumplimiento y las sentencias de organismos internacionales: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito universal, el Ecuador ha sido uno de los pocos países que ha ratificado todos los tratados y convenios relativos a derechos humanos, así como los procedimientos de comunicaciones y varios de los procedimientos de investigación (ver anexos zz, bb y gg). Además, en un marco más específico, el Ecuador ha ratificado las normas regionales y la competencia de la Corte IDH. La ratificación o adhesión a todos los tratados internacionales del SUDH y el reconocimiento del SIDH, propone que el Ecuador responda y cumpla con los informes producto de los exámenes que realiza

⁵²² Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 86 numeral 1.

⁵²³ Ramiro Ávila, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, en *Revista Spondilus*, (Quito: UASB, 2012), 1-25, 16, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>.

Naciones Unidas a través de sus sistemas de protección⁵²⁴ y acate las sentencias e informes de la Corte IDH y de la CIDH.

Todo esto no ha sido una mera casualidad ya que desde el año 2008 el Ecuador tiene un sistema de Estado que vincula a las normas internacionales de derechos humanos en el sistema interno, *el Estado constitucional de derechos y justicia*.

Recapitulando, el artículo 425 de la Constitución establece que “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; [...]”,⁵²⁵ así también el artículo 417 de la misma norma indica que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”,⁵²⁶ lo que tiene conjetura con los principios del Estado constitucional de derechos y justicia, y con el nuevo constitucionalismo latinoamericano.⁵²⁷

Varios países de la región han acogido esta propuesta, y Ecuador no fue una excepción, es más, el Estado ecuatoriano en algunos proyectos ha avanzado con la finalidad de garantizar los derechos humanos; uno de estos avances ha sido la *acción por incumplimiento*.

Con la *acción por incumplimiento*, el Ecuador ha tratado de atravesar la pared que divide las aspiraciones formales de las materiales, a través, de la implementación de un mecanismo de control para garantizar la seguridad jurídica interna y las obligaciones contraídas con organismos internacionales de derechos humanos. En este contexto, tanto la seguridad jurídica como las obligaciones contraídas son parte del Estado constitucional de derechos y justicia: la primera, porque la Constitución como tal, en

⁵²⁴ Véase el capítulo primero: 3. El Sistema Universal de Protección: La Organización de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos.

⁵²⁵ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449*, (20 de octubre de 2008), art. 425.

⁵²⁶ *Ibíd.*, art. 417.

⁵²⁷ Véase capítulo 2 del presente trabajo, en lo que respecta al nuevo constitucionalismo latinoamericano.

este sistema de Estado no puede ser conceptualizada únicamente como aquella norma superior, sino que, es un documento que propone la protección de los derechos humanos integrando particularidades propias de la región como es el caso del pluralismo jurídico y el reconocimiento de derechos que en la mayoría de sistemas normativos no se encuentran reconocidos; y segundo, porque el Ecuador con la *acción por incumplimiento* no se refiere a cualquier tipo de obligaciones, sino, a aquellas que están emitidas por organismos internacionales de derechos humanos, buscando atravesar las barreras propias del sistema jurídico interno para tutelar de manera más adecuada los derechos humanos.

Las garantías jurisdiccionales como tal no son una invención ecuatoriana, pero si, ha sido la implementación de mecanismos que integren de manera directa los estándares internacionales de derechos humanos y su aplicación por parte del Estado. La Corte Constitucional ecuatoriana indicó que: “debe entenderse que las garantías, además de su finalidad, deben estar dotadas de una eficacia que permita la protección de los derechos constitucionales, pero que al mismo tiempo permita la existencia de una estructura que viabilice el ejercicio de los derechos y la continuidad del sistema jurídico”,⁵²⁸ es decir, que las garantías deben ser tan eficaces como los derechos constitucionales que protege, de allí, que conviene realizar un control y una revisión periódica a los mecanismos para observar si los mismos están cumpliendo, no únicamente en el ámbito formal, sino en el ámbito material, lo que a mi criterio es el objetivo más importante de las garantías jurisdiccionales.

Además, la Corte Constitucional ecuatoriana expuso la importancia de los mecanismos de garantías, especialmente de la *acción por incumplimiento* indicando que:

La concordancia de las normas infraconstitucionales con el texto de la Constitución de la República, y su efectiva aplicación, constituye una de las premisas fundamentales del Estado constitucional de derechos y justicia, toda vez que el cumplimiento de las normas, sentencias e informes internacionales en materia de derechos humanos, permite la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en el texto constitucional⁵²⁹

⁵²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 001-16-SAN-CC”, *Caso No 0029-12-AN*, (17 de febrero de 2016), 6.

⁵²⁹ *Ibíd.*, 6.

La acción por incumplimiento, al igual que en otros países de la región —como Colombia y Bolivia—, en una primer parte tiene como objeto la protección del sistema jurídico interno, pero, lo interesante de esta garantía en el Ecuador es que a esta primera finalidad común, se extiende al *cumplimiento de informes o sentencias de organismos internacionales de derechos humanos*.

La Corte Constitucional ha indicado que: “Una obligación como la descrita encuentra su horizonte en la determinación de las obligaciones que se encuentran en las normas, sentencias, e informes internacionales de derechos humanos, dichas obligaciones deben ser claras, expresas y exigibles como una forma de garantizar que las interpretaciones extensivas de las normas no quebranten la estructura de las mismas e incluso el objetivo con el cual fueron instituidas,[...]”⁵³⁰ en este contexto, las obligaciones que conllevan las sentencias de organismos internacionales —como es el caso de las sentencias de la Corte IDH—, cumplen con aquellas premisas de ser *obligaciones: claras, expresas y exigibles*.

En un análisis *supra*, se expuso que la mayor causa por la que se ha negado la *acción por incumplimiento* es que la norma, informe o sentencia no contenía una *obligación: clara, expresa y exigible*, es por ello que, con la finalidad de realizar un análisis de la efectividad de la acción jurisdiccional en el cumplimiento de los informes o sentencias de organismos internacionales, se tomará como muestra las sentencias de la Corte IDH, ya que como se verá más adelante, son las que cumplen con los requisitos propuestos de la *acción por incumplimiento*.

En este contexto, primero se analizará algunas sentencias tomando como método de análisis el que fue citado por la Corte Constitucional ecuatoriana, para identificar la existencia de una obligación de hacer o no hacer; después se observará si la obligación es clara, expresa y exigible. Luego de esto, se identificará cual ha sido la efectividad de la acción por incumplimiento, en el contexto de las sentencias de organismos internacionales.

Para identificar la existencia de una obligación de hacer o no hacer, la Corte Constitucional ecuatoriana adoptó una metodología, la cual, se respalda en la identificación de tres elementos que deben figurar en el documento normativo —en

⁵³⁰ *Ibíd.*, 6.

este caso en las sentencias de la Corte IDH—, estos elementos son: *un titular, un contenido y un obligado*.

Para el efecto, se tomará como ejemplo tres sentencias de la Corte IDH en las cuales se encontró responsabilidad del Estado ecuatoriano en la violación de derechos humanos, luego de este análisis, se podrá determinar si las sentencias de la Corte IDH contienen una obligación de hacer o no hacer.

Tabla No 13			
Análisis de algunas obligaciones dispuestas por la Corte IDH			
	Caso Vásquez Durand y Otros Vs. Ecuador	Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador	Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador
Titular	María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luís Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero	Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku	Rafael Iván Suárez Rosero
Contenido	“El Estado debe otorgar a [...], por una sola vez, la cantidad fijada en el párrafo 216 de la Sentencia, por concepto de gastos por tratamiento psicológico o psiquiátrico, para que puedan recibir dicha atención en su lugar de residencia, de conformidad con lo	“El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia.” ⁵³²	“Ordenar que el Estado del Ecuador pague, en la forma u condiciones que se expresan en los párrafos 101 a 112 de esta sentencia, una cantidad global de US\$ 86.621,77 (ochenta y seis mil seiscientos veintiún dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos) o su equivalente en moneda ecuatoriana, distribuida

⁵³² Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Fondo y Reparaciones*, (27 de junio de 2012), y dispone, párr. 2.

	establecido en dicho párrafo.” ⁵³¹		de la siguiente manera [...]” ⁵³³
Obligado	El Estado ecuatoriano	El Estado ecuatoriano	El Estado ecuatoriano

Elaboración del autor. Fuente: Sentencias de la Corte IDH.

Una vez confirmado que las sentencias de la Corte IDH tienen una obligación de hacer, se debe realizar un análisis para precisar si la obligación es clara, expresa y exigible. De la misma forma que en el caso anterior, la Corte Constitucional ecuatoriana, identifico los conceptos básicos para determinar que existe una obligación: *clara, expresa y exigible*. *clara*, cuando puede ser identificable con la simple lectura; es *expresa*, cuando se encuentra documentada; y es *exigible*, cuando tiene un deber de cumplimiento.⁵³⁴ Retomando los ejemplos:

⁵³¹ Corte IDH, “Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (15 de febrero de 2017), Puntos Resolutivos, párr. 12.

⁵³³ Corte IDH, “Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (20 de enero de 1999), Puntos Resolutivos, párr. 2.

⁵³⁴ La Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia de acción por incumplimiento No 001-16-SAN-CC, del 17 de febrero de 2016, en sus páginas 8 y 9 establece que: “En cuanto a que la obligación sea clara, el criterio elaborado por esta Corte señala que este parámetro se verifica cuando existiendo una obligación determinada, la interpretación de esta es evidente y no requiere de interpretaciones extensivas para poder ser identificada. En tal virtud una obligación es clara cuando sus elementos constitutivos y sus efectos o consecuencias son absolutamente identificables con la simple lectura de la norma y no requiere de interpretación alguna para determinar cuál es la obligación de hacer o no hacer. [...] Ahora bien, el segundo requisito para la procedencia de una acción por incumplimiento es que la obligación sea expresa, esto significa que del contenido de su redacción, aparece la obligación de forma manifiesta. Por tanto, una obligación se constituye en expresa cuando existe una constancia documentada de la existencia de la misma, conteniendo la forma en la cual debe plasmarse la ejecución de esta. [...] Finalmente, una obligación exigible es aquella de la que emana el deber de cumplir y el derecho de exigir el cumplimiento de su contenido, es decir, el deber de cumplir se encuentra directamente relacionado con el respeto de normas constitucionales e infraconstitucionales, así como el derecho a exigir el cumplimiento con la determinación del sujeto o sujetos que llevarán a efecto el mismo”.

Tabla No 14			
Análisis de las obligaciones: claras, expresas y exigibles			
	Caso Vásquez Durand y Otros Vs. Ecuador	Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador	Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador
Obligación	“El Estado debe otorgar a [...], por una sola vez, la cantidad fijada en el párrafo 216 de la Sentencia, por concepto de gastos por tratamiento psicológico o psiquiátrico, para que puedan recibir dicha atención en su lugar de residencia, de conformidad con lo establecido en dicho párrafo.” ⁵³⁵	“El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia.” ⁵³⁶	“Ordenar que el Estado del Ecuador pague, en la forma u condiciones que se expresan en los párrafos 101 a 112 de esta sentencia, una cantidad global de US\$ 86.621,77 (ochenta y seis mil seiscientos veintiún dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos) o su equivalente en moneda ecuatoriana, distribuida de la siguiente manera [...]” ⁵³⁷
Clara: Se logra identificar con la simple lectura	Si	Si	Si

⁵³⁵ Corte IDH, “Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (15 de febrero de 2017), Puntos Resolutivos, párr. 12.

⁵³⁶ Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Fondo y Reparaciones*, (27 de junio de 2012), y dispone, párr. 2.

⁵³⁷ Corte IDH, “Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador”, *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (20 de enero de 1999), Puntos Resolutivos, párr. 2.

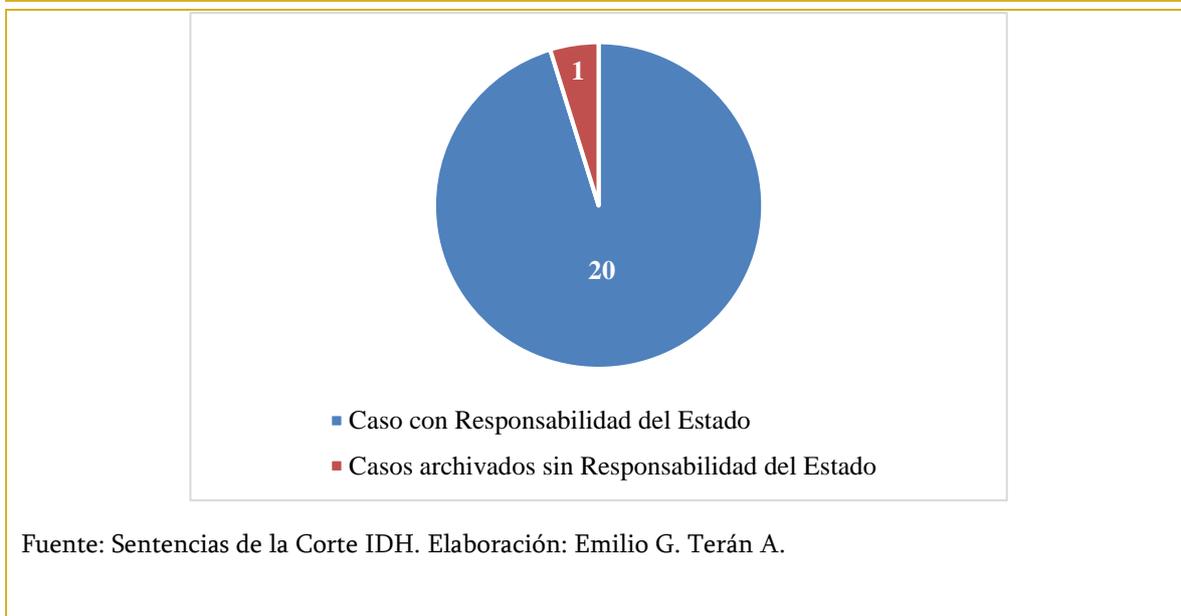
Expresa: Se encuentra documentada	Si, en la sentencia del Caso	Si, en la sentencia del Caso	Si, en la sentencia del Caso
Exigible: Existe un deber de cumplimiento	Si, el Estado debe otorgar el pago	Si, el Estado debe neutralizar, desactivar y en su caso, retirar la pentolita	Si, el Estado debe hacer el pago

Elaboración del autor. Fuente: Sentencias de la Corte IDH.

En este contexto, es preciso afirmar que las sentencias de la Corte IDH contienen varias *obligaciones claras, expresas y exigibles*. El Estado ecuatoriano ha sido objeto de análisis por parte de la Corte IDH por 21 ocasiones, de estas, el Tribunal Interamericano ha encontrado responsabilidad estatal en violaciones a los derechos humanos en 20 casos. (Ver anexo yy).

Gráfico N° 7

Casos en el Sistema Interamericano de derechos humanos

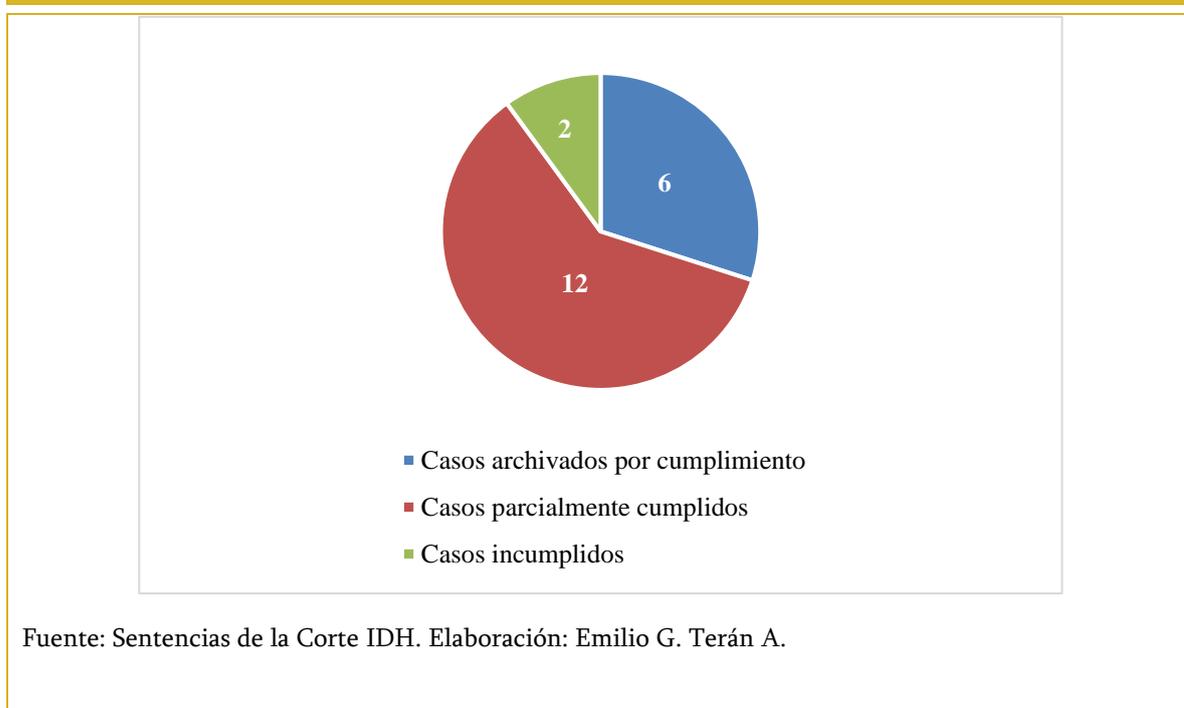


Fuente: Sentencias de la Corte IDH. Elaboración: Emilio G. Terán A.

De estos 20 casos —en los que ha tenido responsabilidad el Estado ecuatoriano— únicamente 6 sentencias fueron archivados, en los que el Estado ecuatoriano cumplió de manera íntegra todas las obligaciones que contenían las sentencias. Del restante — 14 sentencias—: 12 casos están parcialmente cumplidos, es decir, algunas obligaciones han sido cumplidas, y 2 casos están totalmente incumplidos sin ninguna acción realizada por el Estado.

Gráfico N° 8

Análisis de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH



En este contexto, tanto los 12 casos parcialmente cumplidos y los 2 casos incumplidos, tienen *obligaciones claras, expresas y exigibles* que deben ser ejecutadas por el Estado ecuatoriano, por ejemplo, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador —caso parcialmente cumplido— la Corte IDH ha indicado que el Estado ecuatoriano aun no cumple con la obligación de: “Neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia.”,⁵³⁸ entre otras

⁵³⁸ Secretaría de la Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador: reparaciones pendientes de cumplimiento”, *Sistematización de Información de la Secretaría de la Corte IDH*,

acciones que se encuentran publicadas en la página del organismo regional. Lo propio sucede en el Caso Flor Freire Vs. Ecuador —caso que se mantiene incumplido totalmente—, la Corte IDH ha expuesto que el Estado ecuatoriano no ha cumplido con:

Otorgar al señor Flor Freire, en un plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, el grado que corresponda a sus compañeros de promoción al momento del cumplimiento de esta medida y colocarlo en la situación de un militar en situación de retiro o servicio pasivo, que se hubiese retirado voluntariamente, así como concederle todos los beneficios prestacionales y sociales que correspondan a dicho rango, de conformidad con lo establecido en el párrafo 227 de esta Sentencia.⁵³⁹

Por lo tanto, en los casos que han sido cumplidos parcialmente (12), como en los casos incumplidos (2), cualquier persona o colectivo puede interponer una *acción por incumplimiento* para que el Estado ecuatoriano realice las obligaciones dispuestas por el Tribunal Interamericano.

Ahora bien, una de las aclaraciones que ha recalcado la Corte Constitucional del Ecuador al emitir sus sentencias, ha sido, que las solicitudes de acción por incumplimiento no han acatado el objetivo propio de la acción jurisdiccional que es “garantizar los derechos de las personas frente a la inobservancia de una norma que contenga una obligación de hacer o no hacer que no solo deba ser clara y expresa, sino también en la vía o canal judicial correspondiente, es decir, ante un juez competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”,⁵⁴⁰ sino que más bien, ha sido utilizada como una instancia más dentro del proceso judicial, y muestra de eso, es el análisis *supra* que se realizó a los veredictos de la Corte Constitucional ecuatoriana, en los cuales se muestra únicamente el 36% de los dictámenes positivos.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/ecuador/sarayaku/sarayakup.pdf>. Recuperado el 19 de marzo de 2019.

⁵³⁹ Secretaría de la Corte IDH, “Caso Flore Freire Vs. Ecuador: reparaciones pendientes de cumplimiento”, *Sistematización de Información de la Secretaría de la Corte IDH*, <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/ecuador/freire/freirep.pdf>. Recuperado el 19 de marzo de 2019.

⁵⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-17-SAN-CC”, *Caso No 0031-15-AN*, (15 de marzo de 2017), 14.

Además, en el análisis también se expusieron los requisitos para acceder a la garantía jurisdiccional y uno de esos es que no se puede proceder con la misma cuando exista otro mecanismo judicial para cumplir con el objetivo de la acción por incumplimiento —de acuerdo al artículo 56 de la LOGJCC—. Esto muestra, la importancia de que la acción por incumplimiento no sea considerada como una instancia más dentro del proceso, ya que para ello, existen otros procedimientos los cuales no contemplan los objetivos propios de la *acción por incumplimiento*.

Por ejemplo, en la sentencia No 002-17-SAN-CC de 15 de marzo del 2017, caso que se refiere a la desvinculación de una persona de la empresa estatal PETROECUADOR EP, la Corte Constitucional ecuatoriana recalcó al peticionario la necesidad de cumplir con el artículo 54 de la LOGJCC en el cual se dispone que: “Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.”,⁵⁴¹ con ello, la Corte Constitucional logró evidenciar “con certeza plena únicamente la inconformidad de la accionante con su desvinculación laboral de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, PETROECUADOR EP”,⁵⁴² y no, la vulneración a uno de los objetivos que tiene la *acción por incumplimiento*, es por ello, que la petición fue negada.

Con estos antecedentes, se puede afirmar que una de las causas por las que no se utiliza la *acción por incumplimiento* es porque las personas y colectivos piensan que esta acción constitucional es la oportunidad de tener una instancia más en el proceso, y no, la oportunidad de proteger el sistema jurídico, es decir, observan a esta garantía jurisdiccional como una oportunidad de verificar únicamente del fallo de la sentencia de primera instancia, sin tomar en consideración los objetivos propios de la acción jurisdiccional.

⁵⁴¹ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en *Registro Oficial Suplemento No 55*, 2009, art. 54.

⁵⁴² Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-17-SAN-CC”, *Caso No 0031-15-AN*, (15 de marzo de 2017), 17.

3.2.2. *Las sentencias de acción por incumplimiento y el pluralismo jurídico*

El Estado constitucional de derechos y justicia, a parte, de proponer la integración de las normas internacionales al sistema interno, plantea el reconocimiento de sistemas plurales propios, no únicamente normativos, sino aquellos procedimientos propios de los pueblos y comunidades indígenas. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional ecuatoriana “El Ecuador, hasta el 09 de agosto de 1998, era un Estado que reconocía al individuo como único sujeto de derechos; con la vigencia de la Constitución de 1998 se produce un giro de trascendental importancia en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas y afroecuatorianos; es así como se reconoce a un sujeto distinto, el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos a los largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato respetuoso de los distinto por parte del Estado.”⁵⁴³ esto como parte del proceso del nuevo constitucionalismo latinoamericano que había llegado a la región con la Constitución colombiana de 1991.

Para el Ecuador, el avance no se mostró únicamente en la Constitución de 1998, es más, conforme al estudio realizado en el segundo capítulo de este trabajo se muestra que los cambios más identificativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano se propusieron en le proceso constituyente de 2008, en el cual se instaura el Estado constitucional de derechos y justicia y con ellos el reconocimiento de nuevos derechos y nuevas garantías como es el caso de la acción por incumplimiento.

El pluralismo jurídico —como se mostro anteriormente—, es un elemento esencial en el Estado constitucional de derechos y justicia; en el ámbito de la acción por incumplimiento, se debe tomar en consideración dos aspectos importantes: el primer aspecto, guarda relación con la aplicación, la cual, esta a cargo del juez constitucional a través de su argumentación, es por ello, que en un análisis *supra* se expresó la importancia de esta acción para la tutela de los derechos; el segundo aspecto, tiene relación con la petición de la acción por incumplimiento, la cual, esta a cargo de una persona, colectivo, pueblo o nacionalidad conforme al artículo 86 de la Constitución

⁵⁴³ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 14.

ecuatoriana. Aspectos que como se verá más adelante son determinantes al momento de aplicar el pluralismo jurídico en las sentencias de acción por incumplimiento.

De las sentencias dictadas por la Corte Constitucional ecuatoriana, solamente la No 0008-09-SAN-CC, del 9 de diciembre de 2009, presenta una aplicación y desarrollo del pluralismo jurídico lo que formula un análisis más profundo de la misma. En la pretensión concreta de los peticionarios se establece que:

El CONESUP al considerar y tratar a la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI” como una universidad de tipo convencional, pese al régimen especial que le asiste y en virtud del cual fue creada, de las normas constantes en el Capítulo Cuarto, Título Segundo, artículos 56 y 57 de la Constitución de la República del Ecuador referentes a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como las normas del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, estaría incumplimiento con los artículos 4 de la Ley de Creación de la Universidad “AMAWTAY WASI” y artículo 31 de su estatuto.⁵⁴⁴

La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (UINPI) “AMAWTAY WASI”, es un centro de educación superior creado el 26 de noviembre de 2003, este centro de estudios, como parte de su proceso de constitución estableció como sede la ciudad de Quito, pero, además propuso que el trabajo se realizaría en las diferentes Comunidades, las cuales se encuentran fuera de la Capital del Ecuador; con esto, la Universidad propuso la posibilidad de dejar su sede en Quito y cumplir con sus programas académicos propios desde las comunidades en donde se encuentran ancestral e históricamente los pueblos y nacionalidades indígenas. Esta cosmovisión que resulta diferente a la convencional, en la cual “la persona va hasta un centro de estudios en busca de conocimientos, cuando en estas realidades de los pueblos indígenas, el conocimiento está allá en la naturaleza en los mismos pueblos, en su entorno”,⁵⁴⁵ formula que el centro de estudios deba trasladarse para nutrirse de los pueblos y de sus saberes. En este contexto, los Reglamentos de la UINPI “AMAWTAY WASI”, proponía que sus *centros de saber* —unidades

⁵⁴⁴ Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 5.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, 22.

organizadas de carácter académico y administrativo—, también tengan una estructura acorde a los objetivos plurales y diversos del centro de educación.

Ahora bien, la *acción por incumplimiento* fue solicitada en razón de que la UINPI “AMAWTAY WASI”, le solicita al Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) la autorización para que este centro universitario funcione en ciudades que distintas a Quito, como son: Macas, Sisid y Tenta-Saraguro, estas ciudades, tienen un alto índice de población indígena.

La solicitud fue rechazada aduciendo que “*La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, no cumple con el periodo de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas de conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción*”,⁵⁴⁶ pese, a que la UINPI “AMAWTAY WASI” desde sus estatutos de creación contemplaba la necesidad de que la educación debía ser impartida en sus propios lugares, costumbres y principios ancestrales; y como bien lo afirmó la Corte Constitucional ecuatoriana,

Esta respuesta negativa evidencia no solo una desnaturalización en cuanto a la garantía en el ejercicio de los derechos colectivos, sino que es abiertamente inconstitucional, pues pretende cobijar bajo un análisis común, a un Centro de Estudios que, dada su naturaleza, sus parámetros de creación, su estructura académica (no bajo el criterio común y general de facultades, escuelas, etc.), su estructura administrativa y sus actividades sobre la base de “programas académicos” se las debe realizar “en” las diferentes comunidades.⁵⁴⁷

El proponer este tipo de parámetros, muestra en un primer análisis un reconocimiento del pluralismo jurídico, y más allá de ello, es que los jueces constitucionales en la Sentencia No 008-09-SAN-CC lo desarrollan, es decir, a través de su argumentación jurídica formulan conceptos propios de los principios del pluralismo jurídico. La Corte Constitucional identifica que el tema de fondo es la garantía de los derechos colectivos, y establece que no puede ser inobservada por la administración de justicia, mucho

⁵⁴⁶ *Ibíd.*, 24.

⁵⁴⁷ *Ibíd.*, 24.

menos, en el ámbito de la justicia constitucional,⁵⁴⁸ es por ello, que es imperiosa la necesidad de desarrollar y aplicar el pluralismo jurídico, más allá, del hecho de reconocerlo. La sentencia, propone la revisión del principio de admisibilidad con perspectiva intercultural e identifica los principios de la perspectiva intercultural: a. La *continuidad histórica*, b. La *diversidad cultural*, y, c. La *interculturalidad*.

La *continuidad histórica*, es la que se encuentra en los pueblos y nacionalidades indígenas a través de sus costumbres, instituciones, normas, idioma, etc. que pese a que haya existido una colonización, aun se mantienen. La *diversidad cultural*, que debe reconocer la existencia de los pueblos indígenas con sus instituciones, costumbres, etc. y que estos comparten el territorio con el resto de la ciudadanía. Y, la *interculturalidad*, a través de aquel dialogo epistémico entre las diferentes culturas y el resto de la ciudadanía, en el cual se tome en consideración la relación entre ellos mismo, con la naturaleza, con la riqueza, etc.

Para la aplicación de la interpretación intercultural,⁵⁴⁹ la Corte Constitucional ecuatoriana —citando a la Corte Constitucional colombiana— establece 3 reglas de interpretación: “a) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como

⁵⁴⁸ En la Sentencia de acción por incumplimiento No 008-09-SAN-CC, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador indica que “ Esta Corte constitucional considera propicio y adecuado el caso *sub iudice* y sobre todo el tema de fondo que implica (derechos colectivos) para señalar que: “*las bases para asumir sin temores ni perjuicios la generación de cambios estructurales y jurídicos está dado. Así, por ejemplo, en materia de administración de justicia, y con más razón de justicia constitucional, debe ser el punto de partida [...]*”,* dando un espacio especial al campo de la justicia constitucional, sobre el ámbito de la administración de justicia normal en temas de garantía de los derechos, específicamente en tema de derechos colectivos en ese caso.

* Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 26.

⁵⁴⁹ La Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, establece que la Interpretación Intercultural “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas”.*

* Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 008-09-SAN-CC”, *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009), 27.

normas; c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas”.⁵⁵⁰

Ahora bien, con este análisis se puede advertir tres cosas: primero, que la Corte Constitucional ecuatoriana no solo reconoce el pluralismo jurídico, sino que —como se citó—, también lo desarrolla.

Segundo, que la aplicación del pluralismo jurídico por parte de los jueces constitucionales, esta restringido a los temas en los cuales se puede aplicar el mismo, con la finalidad de que su argumentación jurídica pueda cumplir con los objetivos de la acción por incumplimiento y que no se desvíe el análisis considerando otros aspectos del proceso, es decir, en el caso de las sentencias de acción por incumplimiento, los jueces constitucionales no citan los principios del pluralismo jurídico en todas las sentencias de acción por incumplimiento, sino a las sentencias que tienen temas específicos en los cuales se puede aplicar este análisis, esto con la finalidad, de que el análisis no abarque elementos que pueden ser analizados por otras garantías, ya que esto, es una de las causales de inadmisión,⁵⁵¹ es decir, el Estado constitucional de derechos y justicia propone como uno de los elementos principales al pluralismo jurídico, pero la aplicación del mismo, se encuentra condicionado al tema que es objeto de análisis por parte de los jueces constitucionales con la finalidad de cumplir con las normas secundarias como es el caso de la LOGJCC, en la cual se establecen varias causales para la inadmisión de la acción por incumplimiento.

Y tercero, que los ciudadanos tienen un papel importante en la garantía de sus derechos, ya que estos, son los que se transforman en verdaderos garantes de los principios constitucionales —como se expuso anteriormente—, es por ello que deben proponer desde su “pretensión concreta”, la aplicación de principios plurales, ya que las normas secundarias —como el caso de la LOGJCC— enuncian inadmisiones con lo que limitan a los jueces constitucionales para presentar argumentos que acojan los principios del Estado constitucional de derechos y justicia.

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, 27.

⁵⁵¹ La LOGJCC, en su artículo 56 se establece como causa de inadmisión de la acción por incumplimiento: “3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave inminente para el accionante”

3.3. Otros aspectos importantes de las sentencias de acción por incumplimiento: la reparación de las víctimas

A parte de los aspectos ya desarrollados, el análisis de la acción por incumplimiento estableció otros elementos que si bien no han sido desarrollados como parte propia del Estado constitucional de derechos y justicia, considero que son parte de aquel cambio e innovación que ha sido propuesto en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, por lo que serán desarrollados a continuación.

Una de las innovaciones que se propone en las sentencias de acción por incumplimiento —en la actualidad—, es proponer una reparación integral. El proceso —como se vera a continuación— no ha sido directo, es decir, la Corte Constitucional desde sus inicios no ha planteado una reparación que integre los ámbitos materiales e inmateriales de las víctimas, es por ello que, para mostrar el avance progresivo que han tenido los jueces constitucionales en esta materia, se presenta el análisis de tres sentencias constitucionales.

La primera es la sentencia de acción por incumplimiento No 007-09-SAN-CC, contra el Ministerio de Defensa del Ecuador, el cual, suspendió el ascenso a varios miembros del Ejército. En esta sentencia, se encontró el incumplimiento de un acto administrativo que consistía en la reincorporación de los funcionarios a las filas militares, es por ello que la Corte Constitucional indicó que: “En virtud de la imposibilidad del cumplimiento del acto administrativo en su tenor literal, que es la reincorporación de los accionantes a las filas militares, se reconoce, en cambio, su derecho a la reparación material, consistente en la indemnización pecuniaria por todo el tiempo que medió entre el incumplimiento del acto administrativo y la expedición de esta sentencia”.⁵⁵² En este contexto, al inicio de sus sentencias la Corte Constitucional ecuatoriana reconocía únicamente la reparación material, instituida por la reparación pecuniaria.

La segunda, es la sentencia de acción por incumplimiento No 002-13-SAN-CC, contra el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito CENAMACO, en la cual, la Corte Constitucional ecuatoriana indica que:

Dispone como medida de reparación integral, que el presidente de la Cámara de la Construcción de Quito, el director del Centro de Mediación y Arbitraje

⁵⁵² Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 007-09-SAN-CC”, *Caso No 0024-2009-AN*, (09 de diciembre del 2009), 10.

de la Cámara de construcción de Quito CENAMACO, y el doctor Byron Ayala Custode, arbitro único o quien actualmente haga sus veces, cumpla con el artículo 63 primer inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en el término de 5 días remitan a esta Corte la acción extraordinaria de protección presentada por el accionante y el expediente arbitral No 009-2009, “Valdivieso c. Contasis S.A.”, bajo prevención del artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la Republica.⁵⁵³

En esta sentencia, la Corte Constitucional ecuatoriana plantea la reparación y avanza al reconocimiento de la reparación integral, pero no la desarrolla, es decir, no formula acciones en los ámbitos material e inmaterial de las víctimas.

Y la tercera, es la sentencia de acción por incumplimiento No 005-17-SAN-CC, contra la Secretaria Técnica de Gestión de Riesgos, sobre un caso por despido intempestivo cuando un grupo de militares que pasaron a trabajar en la Secretaria Técnica. En esta, a diferencia de las otras dos anteriores, se establece la reparación integral y en su parte resolutive dispone acciones que abarcan el ámbito material e inmaterial. La Corte Constitucional ordena:

4. Como medidas de reparación integral se dispone que la Secretaría de Gestión de Riesgos: 4.1 Pague la indemnización material que corresponda a los señores accionantes, la que será determinada en la vía contencioso administrativa [...] 4.2 Reconozca su responsabilidad por el incumplimiento del artículo 3 del Decreto Ejecutivo No 1046-A, publicado en el Registro Oficial No 345 de 26 de mayo de 2008, lo cual deberá constar en un extracto en el que se ofrezcan disculpas públicas a los accionantes, el que será publicado en uno de los periódicos de mayor circulación a nivel nacional y su pagina web institucional.⁵⁵⁴

Como se muestra, la Corte Constitucional ecuatoriana establece acciones que de deben cumplir en el ámbito material, a través del pago de una indemnización como se muestra

⁵⁵³ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-13-SAN-CC”, Caso No 0045-11-AN, (14 de mayo de 2013), 11.

⁵⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de acción por incumplimiento No 005-17-SAN-CC”, Caso No 0029-15-AN, (04 de octubre de 2017), 25-26.

en el numeral 4.1, y en el ámbito inmaterial, a través de la publicación de unas disculpas públicas a favor de la víctima como se muestra en el numeral 4.2.

De esta forma se puede establecer, que en el ámbito de la reparación, la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido progresiva, en un inicio se reconocía únicamente la reparación material, a través del pago económico a favor de las víctimas; en un segundo momento se reconoce que la reparación no debe ser únicamente material, sino que esta reparación debe ser integral, pero la Corte Constitucional ecuatoriana no formula acciones que aborden aspectos integrales; en un tercer momento —a partir de 2017—, el Órgano Constitucional propone acciones que comprenden el ámbito material e inmaterial, formulando de esta forma una reparación integral real.

Conclusiones

Along the present work, it is exposed the progressive advance that some countries of the region have had since 1990 ahead, advance that, has been the product of the inclusive and democratic process that some constituent mechanisms has as a response to the fight of the social movements at: Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009). The approach of this, has been the adoption of constitutional texts that are part of the new Latin-American constitutionalism, which capitulate democratic norms innovative and progressives, as own responses, to the problematic of each one of such States and also to the joint problems of the region.

The confusion and the generality of the Constitutional State for rights and justice from the action perspective of non-compliance action

The progressive and innovative system of the constitutional texts, has considered different aspects 1. The implementation of the legal pluralist, 2. The appreciation of new rights and the side margin of them, 3. The forthright application of norms and international jurisprudence, and 4. The setting up of transformer's mechanisms for the protection and safeguard and hedge of human rights, etc.⁵⁵⁵ For such effects the Ecuadorian State has been one of the most important examples of this new State system which, since 2008 is recognized as a constitutional State of rights and justice.

Under this context, the incorporation for the protection of new rights such as the rights of nature, water, good living, etc., and the wide margin of warranty result of the direct acknowledgement of the norms and international jurisprudence, has provoke that several authors identified that exists a confusion and generality within the structure of the protection's mechanisms. For instance, when Marco Wilhemi refers to the non-compliance action at Ecuador indicated that, "due to the object scope and to the

⁵⁵⁵ To recognize the own characteristics of the new Latin-American constitutionalism, its origin and development, see chapter 2 of this dissertation.

requirements for its approach, the confusion is strong. The Constitution, at its article number 93, refers in wide terms to its object”,⁵⁵⁶ which produces problems in the formal and material aspects.

In the formal aspect, it is concreted through the secondary norms opposition related to the Constitution. Moreover, in the material aspect: when befuddle to the citizens that are whom activate the protection’s warranties if their victims’ grade of infringement’s’ victims for the rights from the State, and to the judges that are in charge of settle if it is precedent or not in a warranty mechanisms jurisdictional.⁵⁵⁷

Contraindication of the Constitution and the LOGJCC (Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control) by its acronym in Spanish, in the non-compliance action*

Therefore, through the analysis done in the present work, it has been demonstrated that the own principles of constitutional States of right and justice, which purpose to be prioritized the human rights that are established in the Constitution and the international standards of human rights, are limited by a secondary law, the LOGJCC.

LOGJCC is the norm in charge to regulate the jurisdictional warranties; but this has been developed, without take into consideration the own essence of the constitutional State of rights and justice; for example: in the LOGJCC are pointed some requisites that must include the claim for non-compliance action, some causes of no-admission, the stages and terms of time that must have each one of the warranties; it is to say, all a mechanism of administrative formalities to activate the jurisdictional actions;⁵⁵⁸ meanwhile that Ecuador’s constitution, establishes some common dispositions for

⁵⁵⁶ Marco Wilhelmi, “Without warranties there is no Right. Without rights there is no Constitution. Notes about the Jurisdictional Protection of the Rights in Ecuador” “Political Right Magazine n° 82 (Sep-Dec, 2011): 582- 608, 601. <https://search.proquest.com/docview/1518111954?accountid=14777>.

⁵⁵⁷ See chapter 4.

⁵⁵⁸ See articles 55, 56 and 57 of de *LOGJCC.3*

those, one of them is that the procedure be easy, quick and efficient, besides to be oral in all its phases and instances.⁵⁵⁹

Another case, in which it is even more evident the inapposite of the secondary norms with Constitution, and it is when the LOGJCC (*) established that the action's sue for non-compliance must contain: The "Determination of the norm, judgement, or report of he who ask the compliment, with point of a clear, stated and enforceable liability that must be accomplished",⁵⁶⁰ meanwhile that, the Constitution points: "It will not be indispensable the sponsorship of a lawyer to purpose action."⁵⁶¹

In this context, during an analysis done to the action sentences for non-compliance, issued by the Constitutional Court of Ecuador,⁵⁶² it was shown that in spite of existing the first process in which it is examined the admissibility for action' requests for non-compliance, one of the most concurrent to denied them, is that the rule for which is requested the non-compliance "does not generate an obligation of make it clear, express and enforceable; this generate that the action request for non-compliance must be presented in a technical way, with the purpose of know: first, if it is possible to bring another action, due that one of the causes of the inadmissibility according to the LOGJCC, is that it does not exist another magisterial mechanisms to obtain the accomplishment of such a norm, sentence or dossier,⁵⁶³ and second, that it be done a previous analysis, in which it can be identified in an specific way, the existence of an "clear, expressly and enforceable".⁵⁶⁴ It is evident that the way of analysis –In my own

⁵⁵⁹ Article 86 of the Ecuador's Constitution establishes that: the jurisdictional warranties, will be ruled in general, for next dispositions [...] 2. Will be responsibility of judge in place where the act or omission develops or where the effects happen, and will be applicable the following norms of procedures: a) The procedure will be easy, quick and efficient. Will be oral in all its phases".

⁵⁶⁰ Ecuador, Organic Lay of Jurisdictional Warranties and Constitutional Control", at Supplement of Official Register No 52, 2009, art 55.

⁵⁶¹ Ecuador, "Constitution of Ecuador Republic", at Official Register No. 449 (October 20, 2008) article 86.

⁵⁶² See chapter 4 of this work.

⁵⁶³ Article 56 of the LOGJCC establishes that: Inadmissible causes.- The non-compliance action does not proceed in the next cases: 1. If the action is presents to protect rights that might be warranty through another jurisdictional warranty. [...] 3. If exist another jurisdictional mechanism to reach the compliance of the norm, sentence, decision or report, except in cases in which, if it is not admitted such non-compliance action, provoke a deep damage for the actuator.

⁵⁶⁴ See chapter 55 of the LOGJCC.

criteria, a technical-juridical analysis—, it cannot be done by a person whom has not have specialized studies in law, it means, that does not be a lawyer.

The problems with the generality in the action for non-compliance and its context in the Ecuadorian model

The generality with which is presented the non-compliance action, formulates two more problems: 1. A conflict between the action and the other jurisdictional warranties; and, 2. That citizenship thinks that, the non-compliance action is an instance more of the main process, i.e. that it be purposed the action by non-compliance with the objective of let without execution an emitted sentence, and not with the objective own of the jurisdictional warranty.

Fort the first case –regarding the conflict between the jurisdictional actions–, the action for non-compliance has purposed a proviso, that it cannot exist another jurisdictional mechanism, nor judiciary to protect the infringed right, it means that, the non-compliance action will only proceed when it cannot be applied another judiciary warranty.⁵⁶⁵ This proviso –as demonstrated in the analysis of the sentences of the Ecuadorian Constitutional Court–, had not been enough, due that, in spite of there exist the previous qualification process for the admission of the non-compliance, several causes were admitted, but, the Ecuadorian Constitutional Court had to

⁵⁶⁵ Therefore, the ecuadorian legislator when trying to solve the generality problem in the non-compliance action —as indicated formerly— stablished in the LOGJCC some causes of admission such as the case : “If the action in presented to protect the rights that can be warrantied through another warranty”,* it means, the non-compliance action can be purpose when any other jurisdictional action can be applies: this formulates a special treatment for non-compliance action, and is that apart from this, only two jurisdictional actions –of the 6 existing ones- are purposed to the Ecuadorian Constitutional Court.** This purpose, a hierarchy of the jurisdictional warranties.

* Ecuador, “Organic Law of Jurisdictional Warranties and Constitutional Control”, at Supplement Official Register No. 52, 2009, article 56.

** Only the extraordinary action of protection and the non-compliance action, are presented to the Ecuadorian Constitutional Court, the other jurisdictional action –the action of protection the Hábeas corpus, the access to the information public action and the Hábeas data- are the result for ordinary judges, whom became constitutional judges at the moment to make the resolution; this is one of the elements which confirm that the Constitutional Control at Ecuador in mx. See chapter 4.

abstained itself for emitting a sentence, adducing that there existed other jurisdictional mechanisms for tutelary the infringed right.⁵⁶⁶

In the second case —regarding to the consideration of the jurisdictional action as another instance—, it had also been identified some other causes in which the Ecuadorian Constitutional Court had to denied the non-compliment action, adducing that the actuator pretention, was not the one that had as jurisdictional warranty object.⁵⁶⁷

In this context, the legislator at the moment of write the secondary norms —as the LODJCC is—, it should not take in to consideration only the Constitution articles that are related to the jurisdictional actions —as happened—, but it would observe the principles of rights and justice that the constitutional States purpose, this, specially referring to the mechanisms that have been incorporated as an innovation of this State model such as the non-compliment action, it means that, the legislator when purposes secondary norms such as the LOGJCC (*) —norm n charge or regulating the jurisdictional actions—, must to take in to consideration the own principle of rights and justice of the constitutional State and not only, the related articles for the action of non-compliment that were developed in the Constitution of Ecuador,⁵⁶⁸ due that this provokes distortions in the citizenship, ordinary judges and constitutional judges. Former —when do not consider the constitutional State of rights and justice principles in the LOGJCC—, result in a really damage, due that when they are in the constitutional warranties circle, these have a special consideration, property of Constitution and of its supremacy.

⁵⁶⁶ See judgment No. 014-12-SAN-CC, of June 21, 2012, which on its page 5, the Constitutional Court for the Transition Period of Ecuador, indicates that “Based on the foregoing, this Court cannot pronounce on an alleged breach of a constitutional mandate (article 198) via action for breach, since that would result in the deprivation of effectiveness of other constitutional guarantees, which have a differentiated procedure, as well as a passive legitimation different from that inherent to action for breach. In such virtue, the right of the shareholder to resort to the corresponding constitutional guarantees is left safe ”.

⁵⁶⁷ See chapter 4, regarding the topic of #the non-compliance action and the sentences of international organisms: The sentences of the Interamerican Court of Human Rights”, exposes the importance of the non-compliance action do not be accomplished as another instance more during the process.

⁵⁶⁸ In this part of the work, related to the non-compliance action, set up that the LOGJCC only adequate in a general way to the specific articles of Constitution regarding the non-compliance action and do not consider the principles of the Constitutional State of rights and justice; when it is stablished this analysis is through of that exist conraindication between the articles of the Constitution and the secondary norms, as indicated during the present work.

The generality as the main tool to create a super-protection of the international norms for human rights

The generality of action for non-compliance, produces—in some cases—, that the process be triplicated, for example, in the case of application of norms and international treaties of human rights: the first process is settled, through the principles of the constitutional State of rights and justice, the same that recognize the application of those in the hierarchical ordering as is established in the article 425 of the Ecuadorian Constitution,⁵⁶⁹ as well as, the fact that if exist human rights that be better recognized by the international treaties for human rights and the Constitution, those documents prevail under any other norm, as it is indicated in the article 424, of the constitutional norm.⁵⁷⁰

In the second process is established, through the international responsibility that acquire the Ecuadorian State when signing, it adhere or recognize a protection system such as the case of CIDH (Inter American Commission of Human Rights by his acronym in Spanish), process that shields itself, through the article 417 of the Ecuador Constitution,⁵⁷¹ which points that the international norms for human rights have their direct application and opened clause in the Ecuador.

⁵⁶⁹ The article 425 of the Ecuadorian Constitution points that “The hierarchical order of application of the norms will be the following: The Constitution; international treaties and conventions; organic laws; ordinary laws; [...]”.

⁵⁷⁰ The article 424, of the Ecuador’ Constitution sets up that: “The Constitution is the supreme norm and prevails over any other of the juridical ordering. The norms and the public power must maintain conformity with constitutional provisions; in case otherwise they will lack legal efficiency. The Constitution and international agreements for human rights ratified by the State that recognize more auspicious rights to the contents of the Constitution will prevail over any other juridical norm of public power act.

⁵⁷¹ The article 417 of Ecuadorian’s Constitution establishes that: “The international deals ratified by Ecuador will be subject to the established rules of Constitution. In case that deals and other international instruments of human rights will be applied the principles pro-human being, of no restriction or rights, of direct applicability and open clause established in the Constitution.

In the third process, it is installed through the protection mechanism as the case of the non-compliance action, which protects the application of reports and sentences of international organisms of human rights.

The need of apply the principles of the constitutional State of rights and justice in the constitutional juridical arguing.

The model of Ecuadorian Constitution, that in the formal scope shows itself strong to protect the rights through some mechanisms,⁵⁷² and weak at the same time,⁵⁷³ due to the possibility it has to include new rights in its principal catalogue, is also, the one that formulates general and blurred mechanisms of constitutional warranty —as indicated formerly—. The response that formulate the present work, is that it is not possible to have an State System as the Ecuadorian case is – a constitutional State of rights and justice, also the application of this model by judges, in its juridical argumentation, this, much more with constitutionals judges.

For example, the Constitutional Court of Ecuador in the sentence 008-09 SAN-CC of the non-compliment requested by the UINPI “AMAWTAY WASI”,⁵⁷⁴ uses the principles of the constitutional State of rights and justice, specifically the juridical pluralisms, and since that on, applies in a direct way international norms for human rights, with which, it could be warrantied the right of the juridical security, not as an element part of the principle of legality, as was established in the common right State, as a mechanism of protection of the application of the Constitution over the other norms.

Then, the judges in Ecuador —but not the constitutional ones—, must to purpose a juridical argumentation able to transform, that has as an objective to warranty in an effective way the rights according to the own essence of the constitutional State of rights and justice. In this context —as shown in the fourth chapter—, the possibility that the citizen be part of the warranty of their rights through protection mechanism such as the action of non-compliment, that purpose that these, through of the demands

⁵⁷² Pointing that it is a strong system, refers to the strong Constitution concept established by Ricardo Guastini what was studied in the second chapter, but to the adoption to a super-model of protection for human rights.

⁵⁷³ This weakness concept does not refer to the kind of developed States by Luigi Ferrajoli, but to the model of State proposed by Gustavo Zagrebelsky in chapter 2 of the present work.

⁵⁷⁴ See chapter 4, regarding “Action sentences by non-compliance and juridical pluralism”.

that make the judges to apply all proper principles of the constitutional State of rights and justice; that is why citizen's and social movement must be focused to the effective application of this model of State.

The integral atonement as a warranty mechanism in the protective action, in a constitutional State of rights and justice.

One of the significant advances identified during the analysis of the sentences of non-compliance, is the compensation. If it is true that, compensation is one of the State obligation, the Ecuadorian Constitutional Court has formulated in its statements is that materialize it, because it has not been considered the compensation as another action, but as a response from State to a constitutional right infringement; therefore this constitutional organisms has emitted actions with the tendency to formulate with the integral compensation for the victims.

However, this hermeneutics progresses juridical, is evident in three different moments of sentences: first, in 2009 it is recognized the material repairing with the sentence number 007-09-SAN-CC; then in 2013 with the sentence number 002-12-SAN-CC, it is recognized the integral compensation, but, in this year they did not developed correctly the concept; finally in 2017, with the sentence Number 005-17-SAN-CC, there were disposed specific actions in the material and immaterial ambit of compensation.⁵⁷⁵

The action for non-compliance as a protection for the juridical safety in the context of the State of rights and justice

The application of the norms that integrate the normative system of Ecuador and the sentences and reports of international organisms of human rights, are the proper objectives of the action for non-compliance. The analysis done to the emitted sentences by the Ecuadorian Constitutional court, demonstrated that aside the proper objectives,

⁵⁷⁵ See chapter 4, regarding to "Other important aspects of the sentences by non-compliance: the victims compensation".

the action for non-compliance has a main purpose the protection of the right to the juridical safety, in this context, the right to the juridical safety in the constitutional State of rights and justice has a special connotation, and which is that it cannot be conceptualized as established during the State of right –as an element that is part of the legality principle-,⁵⁷⁶ but in a special context linked to the constitutional State of rights and justice.

This special context, formulate that although the action for non-compliance is charge to protect the juridical security, this must be composed by elements of constitutional State of rights and justice, it is that if the objective is to warranty the norms that integrate the juridical system and into the same system it is the Constitution with an special application for being the top norm, must be taken into consideration, not only to the Constitution as a norm, but to all the principles that are part of it. In the constitutional State of rights and justice, the Constitution has a special character, and it is why when considering its application that must be taken in to consideration all the elements that are part of it.

In this context, the action for non-compliance must be a tool for protection of the constitutional State of rights and justice through the juridical arguing that must be developed by the constitutional judges.

The citizens as essential part for the protection of their own rights and the application of the principles of constitutional State of right and justice.

Although one of the special elements for the application of the principles of the constitutional State of rights and justice, is the juridical arguing of the constitutional judges, and it is not possible not to mention that, this application must go together with the proposal for the protection action requested by people, in means, the citizen have an important roll in the application of the principles of the constitutional State of rights and justice, due that the system had been created for this this to be part of the protection system,⁵⁷⁷ because as is has be indicated by the Constitutional Ecuadorian Court in one of their sentences, the non-compliment action “positively impact in develop to citizens

⁵⁷⁶ To understand the development of the legality principle of the State of Right, see chapter two.

⁵⁷⁷ See chapter four of present work; specifically the information related to the “Special Analysis of the action sentences by non-compliances: A study since the constitutional State of right and justice”.

as worthy representative of the Constitution, in this case by controlling the absence of development of the constitutional command and the laws that direct to the public powers”,⁵⁷⁸ and it is when the responsibility of the citizens become important to demand their rights.

Now, according to the analyses done to the sentences emitted by the Ecuadorian Constitutional Court, it has showed that —as well as the juridical argumentation—, this kind of activism is not common, and this is presented because the principles purposed by the Ecuador’s Constitution regarding the nimbleness with which must be applied the constitutional actions, are limited by the secondary norms, it means, this secondary norms make wider the existing space since the formal proposal by the Constitution and the materiality represented y the constitutional sentences, what as indicated, it could be dimensioned through the constitutional juridical argumentation that purpose significant changes in the jurisprudence of Ecuador.

The challenge of the constitutional judges through the juridical argumentation in the constitutional State of rights and justice

To put forward an analysis of the action for non-compliance it must be taken into consideration two aspects: first, the nature for which it was created and, second, the context in which it was settled. Regarding to the nature, the action for non-compliance must be conceived as one of the mechanisms of protection for the Constitutional State of rights and justice; and, related to the context in which was settled up must take into consideration that this jurisdictional warranty, is one of the innovative mechanisms that has presents Ecuador. In this context, the analysis done to the constitutional sentences, shows that the main goal is concentrated in the juridical arguing formulated by the constitutional judges, they are not common judges at the moment of emit their juridical criteria, but they are endowed with a special investiture to protect the Constitution.

⁵⁷⁸ Constitutional Court for the Transition Perion of Ecuador, “Sentence of non-compliance action No. 0008-09-SAN-CC, Case No 0027-09-AN, (December 09, 2009), 110.

However, the action for non-compliance as an innovative tool, has been purposed as part of the new Latin-American constitutionalism, and properly said, as part of the Constitutional State of right and justice, due that there no exist, another mechanism so specific in the region, that demands the application of the sentences and reports of international organisms for human rights.⁵⁷⁹

Therefore, if the non-compliance action is an innovative mechanism, that set goals of the same level, it must formulate the obligation, so its application contain all necessary elements to reach such objectives, it means, that the juridical arguing presented to the constitutional judges in the sentences, must contain the elements that they act with the necessary force to accomplish with the objectives so progressive that has the Constitutional State of rights and justice.

Implementation of the Constitutional State of Rights and Justice: the reason for its partial and non-effective implementation in Ecuador

As has been shown so far, in Ecuador, in a formal manner, all the necessary mechanisms have been built to identify it as a Constitutional State of Rights and Justice —proof of this is the application of action for non-compliance, but the tools that have been implemented have proved ineffective because of several elements that form part of the system itself, that is, the problem of the implementation of the Constitutional State of Rights and Justice in Ecuador arises with the elements proper to this mechanism.

It should be made clear that according to the present study, the list of rights incorporated in the constitutional provisions of the New Latinamerican Constitutionalism has been recognized by academics and international organizations. In the case of academics, Roberto Gargarella has stated that “one of the most important and criticized aspects of the new constitutions (for example, those recently adopted in Ecuador and Bolivia, or the Colombian Constitution 1991, or Argentina 1994) is that

⁵⁷⁹ The analysis done to the sentences of the Ecuadorian Constitutional Court, showed that the judges give argument to reach the innovative principles of the Constitutional State of rights and justice, but with its argumentation manages to keep the status quo proposed in the State of right, with many few exceptions such is the case of sentence No. 008-09-SAN-CC of the non-compliance requested by the UINPI “AMAWTAY WASI” in which applies and develop the juridical pluralism.

they include long lists of rights (social, political, cultural, economic).",⁵⁸⁰ which for many constitutionalists has been "pure poetry." This has created one of the most serious problems, since as Gargarella rightly warns, "it does not imply that, by including new rights in the new constitutions, these rights will magically become reality. What is claimed is the opposite, that is, that the absence of such rights tends to work negatively against their possible, and otherwise desirable, materialization."⁵⁸¹

In this context, the analysis that has been shown so far is important, it exposes the total non-application of the Constitutional State of Rights and Justice in Ecuador, since, in my opinion, the problems caused by the application of this new state model have not been taken into account, that is, the gap between formality and its materialization, which has as actors, the very elements that are part of the constitutional state of rights and justice, as is the case with Indigenous Justice, has not been taken into account.

When Chapter Three discussed the issue of Indigenous Justice, it could be shown that the application of Legal Pluralism was not, nor will it be, as simple as the Constitution of Ecuador presents it, but that it carries a number of elements that hinder its application and respect, despite the fact that the Constitution itself proposes that the state be in charge of its guarantee.

The simplicity with which the constitutional text presents the recognition of the elements that are characteristic of the Constitutional State of Rights and Justice, has no relation to the distance between formality and its application, hence, that one of the most important elements in the application of the new state mechanism is the Constitutional Court, which, in the Ecuadorian case, has not had the necessary representation to be able to narrow the gap between formality and the materialization of the new state model; this, as exemplified when the limits to Indigenous justice were developed, and more specifically in the analysis of the judgments of the court of Justice of the Republic of Ecuador action for non-compliance. The same shows in the rights, as is the case of rights to nature, which, in the constitutional text, are simply applicable, but are far from being effectively recognized.

⁵⁸⁰ Roberto Gargarella and Christian Courtis, "The New Latin American Constitutionalism: Promises and Questions", *CEPAL Social Politics Series* No. 153, (November 2009), 31.

⁵⁸¹ *Ibid.*, 32.

However, it is important to identify that one of the main actors in the implementation of the state of rights and justice is the Constitutional Judge, but the representativeness of social movements, which, through their empowerment, will ensure that their rights are effectively-recognized, cannot be ignored; these movements, which have historically been excluded, have been the ones that, to a certain extent—as shown in the study— have succeeded in applying, in some areas, the new Latin American Constitutionalism.⁵⁸²

⁵⁸² The present study shows an analysis of how social movements have contributed to the recognition of their own rights, although their guarantee is an obligation of the State. See paragraph 5.3. The limits of legal pluralism: a real analysis of Indigenous Justice, Chapter 2.

Anexos

Anexo 1

Cuadro de la normativa nacional referente a la “Acción por incumplimiento”

Constitución del Ecuador (2008)	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	Reglas para el Ejercicio de Corte Constitucional Periodo de Transición	Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (Registro Oficial 127 del 10 de febrero del 2010)
Acción por Incumplimiento Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo	Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.	Art. 74.- Objeto.- Esta acción tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de normas, actos administrativos de carácter general, así como de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, en los términos previstos en los Arts. 93 y 436 numeral 5 de la Constitución.	Acción por Incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general Art. 32.- Procedimiento.- La demanda de acción por incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de

<p>cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.</p>	<p>Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.</p>		<p>protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias (...).</p>
<p>Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de</p>	<p>Art. 54.- Reclamo previo.- Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.</p>	<p>Art. 75.- Legitimación activa.- La acción de incumplimiento es pública. Cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, por sí o a través de representante, puede demandar por el incumplimiento de una norma con rango de ley, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de los que trata el artículo anterior.</p>	<p>Art. 10.- Procesos constitucionales sujetos a admisión.- (...) La Corte observará que en las demandas o peticiones que se presenten conste la pretensión concreta, el señalamiento de la casilla judicial, constitucional o dirección de correo electrónico para recibir notificaciones, así como la firma o huella digital del accionante.</p>

<p>sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.</p>			
<p>Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas.</p>	<p>Art. 8.- Normas comunes a todo procedimiento.- Serán aplicables las siguientes normas: 7. No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el</p>	<p>Art. 76.- Legitimación pasiva.- La demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, la jueza o juez, o particular, renuente de cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia, o informe, de que trata el artículo 93 de la Constitución. Si el demandado no es la autoridad obligada, así deberá informarlo la jueza o juez de conocimiento, indicando a quien corresponde el</p>	

<p>c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.</p> <p>d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.</p> <p>e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.</p>	<p>Código Orgánico de la Función Judicial.</p>	<p>cumplimiento del deber incumplido. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades demandadas, sin perjuicio de que el juez notifique a quien tenga competencia para cumplir el deber omitido.</p>	
	<p>Art. 56.- Causales de inadmisión.- La acción por incumplimiento no</p>	<p>Art. 77.- Competencia.- Es competente para conocer la demanda por</p>	

<p>procede en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional. 2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales. 3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante. 4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda. 	<p>acción de incumplimiento, el Pleno de la Corte Constitucional.</p>	
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------	--

Elaboración del autor. Fuente: Normas de la legislación ecuatoriana.

Anexo 2

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ecuador)

ORD.	AÑO	CASO
1	2017	Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.
2	2016	Corte IDH. Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327.
3	2016	Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
4	2016	Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
5	2015	Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.
6	2015	Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
7	2014	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Serie C No. 280.
8	2013	Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.
9	2013	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.

10	2013	Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.
11	2012	Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247.
12	2012	Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
13	2011	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2011. Serie C No. 230.
14	2011	Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
15	2011	Corte IDH. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.
16	2011	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C No. 222.
17	2008	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 189
18	2008	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 183.
19	2008	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

20	2007	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.
21	2007	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
22	2007	Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
23	2005	Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
24	2004	Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
25	1999	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51.
26	1999	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.
27	1998	Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.
28	1997	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Elaboración del autor. Fuente: Corte IDH.

Bibliografía

- Aguilar, Gonzalo. “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”. *Revista Direito GV*, vol. 9, n° 2 (julio-diciembre 2013): 721- 754. Doi: 10.1590/S1808-24322013000200015.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto No 20/ Rev. 1, (2012).
- . *El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Folleto informativo No 30*. New York: ACNUDH, 2017. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30sp.pdf>.
- Antonio, Varón. “De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización”. *Revista Estudios socio-jurídicos*, vol.10, No 1, (2018): 129-157.
- Ávila, Ramiro. “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”. *Revista Spondilus*, (Quito: UASB, 2012): 1-26. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>.
- . “Las Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos”. Ramiro Ávila y otros Edit. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: MJDHC, 2008.
- Becerra, José. “El camino hacia el control difuso de constitucionalidad en México: la convencionalidad”. *Revista El Cotidiano*, vol. 28, n° 180 (julio-agosto 2013): 11-20. <https://search.proquest.com/docview/1442705456?accountid=14777>.
- Benavides, Jorge. “Del bien común al buen vivir”. Luis Ávila Edit. *Política, justicia y constitución*, (Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012).

- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, trad. Juan Moreno. Barcelona: Plaza&Janes, 1985.
- Bonilla, Daniel. “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina”. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista Derecho del Estado*, n° 42. (enero-abril 2019): 3-23.
- Carlos Villabella, Carlos. *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un Nuevo Paradigma?*. Ciudad de México: Grupo Editorial Mariel, 2014.
- Centro de derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. “El Buen Vivir y su tutela jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana”. *Serie Investigación No 5*.<<https://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/Buen+Vivir+y+la+Tutela+Jur%C3%ADdica.pdf/b5267960-932b-4b1a-90fe-2508f1b7ebc2>>.
- Colomer, Antonio. *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, 2.a. ed. Valencia: Nomos, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Una epistemología del Sur: La Reivindicación del conocimiento y la Emancipación Social*. Ciudad de México: CLACSO, 2009.
- Domínguez, Rafael y Caria, Sara. “El Buen Vivir como «objeto central de la política pública» de Ecuador”. *La ideología del buen vivir: la metamorfosis de una «alternativa al desarrollo» de toda la vida*, Pre-Textos para el debate, No 2, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014). [Http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3724/1/PRET-002-Dominguez-Car%C3%ADa-La%20ideolog%C3%ADa.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3724/1/PRET-002-Dominguez-Car%C3%ADa-La%20ideolog%C3%ADa.pdf)».
- Durango, Gerardo y Garay, Kennier. “El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Colombia”. *Revista Prolegómenos*, vol. XVIII, n°36 (julio-diciembre 2015): 99-116. Doi:10.18359/dere.936.
- Ferrajoli, Luigi y otros. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Alicante, 2006): 15-31. [Http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn58h2](http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn58h2).
- . *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7.a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.

- . “Pasado y futuro del estado de derecho”. *Revista internacional de filosofía política*, No 17, (2001): 31-45. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17038>.
- . “Pasado y futuro del estado de derecho”. *Revista internacional de filosofía política*, (Camerino, 2001): 31-45. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.
- . *Derecho y razón*, 9.a ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 2009.
- . *La democracia a través de los derechos*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.9
- . *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La Obligación de “Respetar” y “Garantizar” los derechos Humanos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1 del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Revista de Estudios Constitucionales*, 2012, No 2, 141-192.
- Flores Juberías, Carlos. “Questioning Democracy in the Name of the People: The So-Called New Latin American Constitutionalism”, *Security Dialogues / Безбедносни Дијалози* nº 6/1-2 (2015), pp. 55-70.
- Gallego, Alfredo. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1er. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- Gargarella, Roberto. “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, No. 1 (2018): 1-19.
- Gargarella, Roberto y Courtis, Christian. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. *CEPAL Serie Políticas sociales*, No 153. (noviembre de 2009).
- German Palacio, Germán. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional, 1993.
- Gialdino, Rolando. “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Revista IIDH*, Vol. 37, (enero-junio 2003): 87-134.
- Grijalva, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. Ávila, Ramiro y otros Edit. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Gutiérrez, Luis. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa”. *Revista IIDH*, n° 64 (julio-diciembre 2016): 239-264.
- Gutiérrez, Luis. “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, No 2, (julio-diciembre 2014): 23-60. Doi:dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.01.
- Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado. *El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes*. Madrid, agosto 1920. [Http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf](http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf).
- International Service for Human Rights (ISHR). “Fortalecimiento del Sistema de los Órganos de Tratados”. *Guía simple sobre los órganos de tratados de la ONU*, (Ginebra: ISHR, 2015).
- Jurado, Romel. “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *Revista El Cotidiano*, tomo 28, No 180 (julio-agosto 2013): 31-40.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- Martínez, Rubén y otros. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano un aporte para el mundo*. Bogotá, UD: 2017.
- Martínez, Ruben, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”. Ramiro Ávila y otros Edit. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Medina, Cecilia. “Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto”. *Revista Anuario de Derechos Humanos 2005*, No1 (2005): 55-60. DOI: 10.5354/0718-2279.2011.12778.
- Moreno, Rodolfo. “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* volumen XL, No 120, (septiembre-diciembre, 2007): 825-852.

- Navas, Antonia y Navas, Florentina. *El Estado constitucional*. Madrid: Dickinson, 2009.
- Noguera, Albert. “Participación, Función Electoral y función de Control y Transparencia Social”. Ramiro Ávila y otros Edit. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ochoa, Natalia y Salamanca, Esther. “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No 12, (diciembre de 2006). [Http://www.reei.org/index.php/revista/num12](http://www.reei.org/index.php/revista/num12).
- Paz y Miño, Juan y otros. “El Proceso Constituyente Desde una Perspectiva Histórica”. *Revista La Tendencia*, (Quito: ILDCS, 2008), 26-45. [Http://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=41903](http://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=41903).
- Pazmiño, Patricio. *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*. Quito, 2012.
- . *Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional*. Quito: FLACSO, 2010.
- Peña, Antonio. *La Garantía en el Estado constitucional de derecho*. Valladolid: Trotta, 1997.
- Pezzano, Luciano. “Fuentes de las obligaciones de los Estados en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos”. *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI, (2012): 67-106.
- . “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303-346.
- Porras, Angélica y Romero, Johanna. *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*. Tomo 1. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Ramelli, Alejandro. “La acción de cumplimiento: ¿Un instrumento jurídico al servicio del Estado social de derecho en Colombia”. *Revista Derecho del estado*, n° 8 (2000): 85-125.
- Ramírez, Sergio. “Voto Concurrente”. *Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (07 de septiembre de 2004).

- Rodríguez, Eduardo. “Pluralismo jurídico ¿El debate del capitalismo actual?”. *Nueva Sociedad*, No 12, (marzo-abril 1991), 91-101. [Http://nuso.org/media/articles/downloads/1982_1.pdf](http://nuso.org/media/articles/downloads/1982_1.pdf).
- Román Ospina, Piedad. “Acerca de las garantías de los derechos fundamentales en la Constitución colombiana de 1991”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 8 (1994), pp. 31-53.
- Salgado, Hernán. “¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008? Primer Balance de La «Corte Constitucional en Transición»”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº17 (2013): 311-324, 315. [Https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40781/23210](https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40781/23210).
- Sastre, Santiago. “La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonell Edit., Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003.
- Secretaría de la Corte IDH. “Caso Flore Freire Vs. Ecuador: reparaciones pendientes de cumplimiento”. *Sistematización de Información de la Secretaría de la Corte IDH*. [Http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/ecuador/freire/freirep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/ecuador/freire/freirep.pdf). Recuperado el 19 de marzo de 2019.
- . “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador: reparaciones pendientes de cumplimiento”. *Sistematización de Información de la Secretaría de la Corte IDH*, <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/ecuador/sarayaku/sarayakup.pdf>. Recuperado el 19 de marzo de 2019.
- Secretaría General de la OEA. “Acta final”. *Quinta reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, (Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959). [Http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf](http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf).
- . “Acta final”. *Octava reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, (Uruguay, Punta del Este, del 23 al 31 de enero de 1962). [Http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%208.pdf](http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%208.pdf).
- Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional Ecuatoriana. *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*. Quito: Corte constitucional del Ecuador, 2015.
- Serrano, Andres y otros. “Obligaciones de los estados parte de la Convención Americana”. *Revista Saber, ciencia y libertad*, vol. 8, No 2, (2013): 45-56. [Http://www.revistasaber.com](http://www.revistasaber.com).

file:///Users/Emilio/Downloads/Dialnet-

ObligacionesDeLosEstadosParteDeLaConvencionAmerica-5104983%20(3).pdf.

- Serrano, Sandra. “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”. Eduardo Ferrer, José Caballero, Christian Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, 1er. ed. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones de la UNAM, 2013.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. “Fundamentos Jurídicos del Fallo”. *Sentencia Constitucional Plurinacional 1387/2016-S3*, (Sucre, 2 de diciembre de 2016).
- Valadés, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Roberto Viciano Edit. *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Viéga-Silva, Marisa. “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y su primer año de funcionamiento”. *Revista International law*, No 12, (1 de junio de 2008): 35-66.
- Villabella, Carlos. *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un Nuevo Paradigma?*. Ciudad de México: Grupo Editorial Mariel, 2014.
- Wilhelmi, Marco. “Sin Garantías no hay Derechos. Sin Derechos no hay Constitución. Apuntes sobre la Protección Jurisdiccional de los Derechos en Ecuador”. *Revista de Derecho Político*, n° 82 (septiembre-diciembre 2011): 582-608. <https://search.proquest.com/docview/1518111954?accountid=14777>.
- Wolkmer, Antonio. *Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: DYKINSON, 2018.
- Wolkmer, Antonio. *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*. Ciudad de México: Akal, 2017
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, 11.a ed., trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016.

Normativa

Asbjørn, Eide. “Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur”. Economic and Social Council, *thirty-ninth session E/CN.4/Sub.2/1987/23*, (7 July 1987).

———. “The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide, in accordance with Sub-Commission decision 1998/106”. Economic and Social Council, *fifty-first session E/CN.4/Sub.2/1999/12*, (28 June 1999).

Bolivia. Código Procesal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. 5 de julio de 2012.

———. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Gaceta Oficial, 7 de febrero de 2009.

Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No 114. 4 de julio de 1991.

———. *Ley 393 de 1997*. Diario Oficial 43.096, 29 de julio de 1997.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”. *Observación General No 3, Quinto periodo de sesiones, U.N.Doc. E/1991/23*, (14 de diciembre de 1990).

Comité de Derechos Humanos de la ONU. “Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto”. *Observación General No 24 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*, No HRI/GEN/1/Rev.7, (1994).

———. “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”. *Observación General 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, (29 de marzo de 2004).

———. “*Observación General 3P*”. *CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, (26 de mayo de 2004).

- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”. *Resolución 5/1*, (18 de junio de 2007).
- . “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”. *Resolución 5/1*, (18 de junio de 2007).
- Economic and Social Council. “The right to adequate food (art. 11)”. *General Comment 12 E/C.12/1999/5, Twentieth session 26 april- 14 may 1999*, (12 may 1999). <https://undocs.org/E/C.12/1999/5>.
- . “The right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”. *General Comment 14 E/C.12/2000/4, Twenty-second Session*, (11 August 2000). <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544. 9 de marzo de 2009.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial No 1. 1998.
- . *Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición*. Registro Oficial Suplemento No 466. 13 de noviembre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento No 52. 22 de octubre 2009.
- . *Reforma al Reglamento para la Calificación y Designación de las Juezas y Jueces que Integrarán la Primera Corte Constitucional*. Registro Oficial Suplemento No 715. 1 de junio de 2012.
- . *Régimen de Transición*. Registro Oficial No 449. 20 de octubre de 2008.
- . *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010*. Registro Oficial Suplemento No 127 del miércoles 10 de febrero de 2010.
- . *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2015*. Registro Oficial Suplemento No 613 del jueves 22 de octubre de 2015.
- OEA, “Reglamento de la Corte IDH”. *III Periodo Ordinario de Sesiones*, (30 de junio al 9 de agosto de 1980).

- . “Carta de la Organización de los Estados Americanos”. *Decimo noveno periodo extraordinario de sesiones*, (adoptado el 10 de junio de 1993, Bogotá). Http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf.
- . “Convención Americana de Derechos Humanos”. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, (7 al 22 de noviembre de 1969, San José). Https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.
- ONU, “Convención sobre los Derechos del Niño”. *Resolución 44/25*, (20 de noviembre de 1989). Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- . “Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. *Resolución A/RES/61/295*, (10 de diciembre de 2007).
- . “Protocolo Facultativo del PIDESC”, entró en vigor el 5 de mayo de 2013.
- . “¿Qué es la Corte Internacional de Justicia?”. *La Corte Internacional de Justicia*, (New York: Naciones Unidas, 2000).
- . “Asamblea General de las Naciones Unidas”. *Organización de las Naciones Unidas* (2017). Recuperado el 16 de abril de 2019. <Https://www.un.org/es/ga/>.
- . “Carta de las Naciones Unidas”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 26 de junio 1945*, (24 de octubre de 1945).
- . “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes”. *Resolución 39/46*, (10 de diciembre de 1984). Entró en vigor el 26 de junio de 1987.
- . “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”. *Resolución A/RES/61/177*, (20 de diciembre de 2006) Entró en vigencia el 23 de diciembre de 2010.
- . “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”. *Resolución 2106 (XX)*, (21 de diciembre de 1965). Entró en ejecución el 4 de enero de 1969.

- . “Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias”. *Resolución A/RES/45/158*, (18 de diciembre de 1990). Entró en vigencia el 1 de julio del 2003.
- . “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”. *Resolución 34/180*, (18 de diciembre de 1979). Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981.
- . “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. *Resolución de la Asamblea General de la ONU No 2625 (XXV)*, (24 de octubre de 1970).
- . “Declaración universal de los derechos humanos”. *Resolución 217 A (III)*, (10 de diciembre de 1948), Preámbulo.
- . “Fortalecimiento del estado de derecho”. *Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, Resolución A/RES/55/99*, (1 de marzo de 2001).
- . “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Resolución A/RES/61/106*, (13 de diciembre de 2006). Entró en vigor el 3 de mayo de 2008.
- . “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. *Resolución 2200 A (XXI)*, (16 de diciembre de 1966).
- . “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Resolución 2200 A (XXI)*, (16 de diciembre de 1966).
- . “Primer Protocolo Facultativo al PIDCP”, (19 de diciembre de 1966). Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.
- . “Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (OPCAT)”, (diciembre 2002). Entró en vigencia en junio de 2006.
- . “Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Resolución A/RES/61/106*, (13 de diciembre de 2006). Entró en vigor el 3 de mayo de 2008.
- . “Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados”. *Resolución A/RES/54/263*, (25 de mayo de 2000). Entró en vigencia el 12 de febrero de 2002.

- . “Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía”. *Resolución A/RES/54/263*, (25 de mayo de 2000). Entró en vigencia el 18 de enero de 2002.
- . “Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”. *Resolución 66/138*, (19 de diciembre de 2011). Entró en vigencia el 14 de abril de 2014.
- . “Reglamento de la Asamblea General de la ONU”. No A/520/Rev.18, (Nueva York, 2016).
- . “Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP”. Resolución 44/128, (15 de diciembre de 1989). Entró en vigencia el 11 de julio de 1991.
- . Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, (6 de Octubre de 1999). Entró en vigencia el 10 de diciembre de 1999.
- Venezuela. *Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela*. 15 de diciembre de 1999.
- . *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. G.O. (34060). 27 de septiembre de 1988.

Jurisprudencia

- A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli. “Voto Razonado Conjunto de los jueces”. Corte IDH. “*Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de noviembre de 1998).
- A.A. Cancado Trindade. “Voto concurrente”. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, (22 de noviembre de 2005).
- Corte IDH. “Caso Blake Vs. Guatemala”. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (22 de enero de 1999).
- . “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”. *Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas*, (30 de mayo de 1999).

- . “Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú”. *Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, (28 de febrero de 2003).
- . “Caso Almonacid Arellano Arellano y otros vs. Chile”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (26 de septiembre de 2006).
- . “Caso Cantoral Benavides Vs. Perú”. *Sentencia sobre las Excepciones Preliminares*, (3 de septiembre de 1998).
- . “Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala”. *Sentencia sobre Fondo*, (8 de marzo de 1998).
- . “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala””. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (26 de mayo del 2001).
- . “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (28 de agosto de 2014).
- . “Caso del Caracazo Vs. Venezuela”. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (29 de agosto de 2002).
- . “Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina”. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de agosto de 1998).
- . “Caso Herzog y Otros Vs. Brasil”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (15 de marzo de 2018).
- . “Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (30 de enero de 2014).
- . “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, (30 de noviembre de 2012).
- . “Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador”. *Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas*, (25 de Octubre de 2012).
- . “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”. *Sentencia sobre Fondo Reparaciones y Costas*, Puntos resolutivo, (22 de noviembre de 2005).
- . “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”. *Sentencia sobre Fondo y Reparaciones*, (27 de junio de 2012).
- . “Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador”. *Sentencia sobre Fondo*, (12 de noviembre de 1997).

- . “Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador”. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (20 de enero de 1999), Puntos Resolutivos.
- . “Caso Trujillo Oroa Vs. Bolivia”. *Sentencia sobre Reparaciones y Costas*, (27 de febrero de 2002).
- . “Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador”. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, (15 de febrero de 2017), Puntos Resolutivos.
- . “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. *Sentencia sobre Fondo*, (29 de julio de 1998).
- . “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos”. *Opinión Consultiva OC-23/17*, (15 de noviembre de 2017).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Voto Razonado del Juez Ad Hoc”. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia sobre Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas*, (de 26 de noviembre de 2010).

Sentencias Constitucionales (acción por incumplimiento)

- Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia de acción por incumplimiento No 011-13-SAN-CC”. *Caso No 0003-10-AN*, (11 de diciembre de 2013).
- . “Sentencia de acción extraordinaria de protección No 113-14-SEP-CC”. *Caso No 0731-10-EP*, (30 de julio de 2014).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-15-SAN-CC”. *Caso No 0018-13-AN*, (11 de febrero del 2015).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-17-SAN-CC”. *Caso No 0031-15-AN*, (15 de marzo de 2017).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 011-13-SAN-CC”. *Caso No 0003-10-AN*, (11 de diciembre de 2013).

- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 006-15-SAN-CC”. *Caso No 0041-13-AN*, (27 de mayo del 2015).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 001-16-SAN-CC”. *Caso No 0029-12-AN*, (17 de febrero de 2016).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 002-13-SAN-CC”. *Caso No 0045-11-AN*, (14 de mayo de 2013).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 005-17-SAN-CC”. *Caso No 0029-15-AN*, (04 de octubre de 2017).
- Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador. “Sentencia de acción por incumplimiento No 0008-09-SAN-CC”. *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 005-10-SAN-CC”. *Caso No 0010-09-AN*, (09 de diciembre de 2010).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 007-09-SAN-CC”. *Caso No 0024-2009-AN*, (09 de diciembre del 2009).
- . “Sentencia No 008-09-SAN-CC”. *Caso No 0027-09-AN*, (09 de diciembre de 2009).
- . “Sentencia de acción por incumplimiento No 014-12-SAN-CC”, (21 de junio de 2012).

Sitios Web

- CIDH. *III. Los órganos del Sistema Interamericano de derechos humanos*. [Http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#7](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#7).
- Corte IDH. “Historia de la Corte IDH”. *Acerca De*, (San José: Corte IDH, 2018). [Http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh](http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh).
- OEA. “Introducción”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (Washington: CIDH, 2006). [Http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#9](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#9).
- ONU. “Documentación de la ONU: Consejo de Administración Fiduciaria”, *Organización de las Naciones Unidas*, (2017). Recuperado el 14 de enero de 2019. [Https://research.un.org/es/docs/tc/intro](https://research.un.org/es/docs/tc/intro).

ONU, “El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos”. Examen ONU Venezuela, EPU. (26 de marzo de 2015). <https://www.examenonuvenezuela.com/examen-periodico-universal/sistemas-de-proteccion>.