

CEDEC

IUS Constitutionale

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Primer número

e-ISSN: 2773-7594

IUS CONSTITUTIONALE
Revista de Derecho Constitucional

PRIMER NÚMERO

Corte Constitucional del Ecuador

IUS CONSTITUTIONALE, Revista de Derecho Constitucional [recurso electrónico]: Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). -- No. 1 (ene.-abr. 2021)- . -- Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2021.

239 p.

Cuatrimestral

e-ISSN: 2773-7594

Enlace a la revista:

http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n1_2021.pdf

1. Jurisprudencia constitucional - Ecuador. **2.** Garantías constitucionales. **3.** Derecho procesal constitucional. **4.** Derecho constitucional. **I.** Corte Constitucional del Ecuador. **II.** Título

CDD21: 342.02648 **CDU:** 342.565.2(866) **LC:** KHK 2921 .C67 2021 **Cutter-Sanborn:** C827

Corte Constitucional del Ecuador

Jueces

Hernán Salgado Pesantes (Presidente)

Daniela Salazar Marín (Vicepresidenta)

Ramiro Avila Santamaría

Karla Andrade Quevedo

Carmen Corral Ponce

Agustín Grijalva Jiménez

Enrique Herrería Bonnet

Alí Lozada Prado

Teresa Nuques Martínez

Autor

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Director Ejecutivo del CEDEC y de la Revista

Gandhi Vela Vargas

Coordinador Técnico de Difusión del Derecho Constitucional y Editor General de la Revista

Miguel Molina Díaz

Diseño y Diagramación

Dirección Nacional de Comunicación y Registro Oficial

Corte Constitucional del Ecuador

José Tamayo E10-25 y Lizardo García

(02) 3941800

Quito-Ecuador

<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>

CONTENIDO

Presentación	6
--------------------	---

REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES

COLUMNA

Recorrido por el control constitucional en el constitucionalismo ecuatoriano. Por Gandhi Vela Vargas	9
---	---

COMENTARIOS

1. La protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana en las sentencias 335-13-JP/20 y 897-11-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador.	12
2. La protección de los derechos constitucionales como elemento determinante de la tutela judicial efectiva y la garantía de motivación en las acciones de hábeas corpus.	35
3. La “compra de renunciaciones obligatoria” en la sentencia 26-18-IN/20: Transgresión de la seguridad jurídica y el derecho al trabajo.	47
4. La protección a la libertad de expresión en procesos electorales a partir de la sentencia 1651-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador.	63
5. Análisis del dictamen favorable de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional a la propuesta de consulta popular del GAD de Cuenca sobre explotación minera.	81
6. El control constitucional del estado de excepción por la pandemia COVID-19 por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.	102
7. La justiciabilidad del derecho al acceso a medicamentos en la sentencia No. 679-18-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador.	130
8. La necesidad de la declaración jurisdiccional previa al procedimiento disciplinario en los casos de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable: La nueva regla jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 3-19-CN/20.	144
9. Obligatoriedad de la consulta prelegislativa (Art. 57.17 de la Constitución) por parte de todas las autoridades públicas con potestad normativa o administrativa.	159

ENSAYO JURÍDICO	
El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares en la Corte Constitucional ecuatoriana. Por Sebastián López Hidalgo.	169
ENTREVISTAS	
Hernán Salgado Pesantes: “Un juez debe ser una persona que está consciente del valor de la independencia judicial”	197
Karla Andrade Quevedo: “El trabajo de mis colegas es una inspiración constante”	202
Agustín Grijalva Jiménez: “Soy fundamentalmente un académico”	207
RESEÑAS	
Branding Legal Orders: Una antología sobre la trenza del derecho comparado. Por Isabel Dávila Pereira.	214
VARIETÉ	
ENSAYO LITERARIO	
El cuento ecuatoriano en las manos de sus autoras. Por Andrea Armijos Echeverría	219
CRÍTICA DE CINE	
Retablo: Rebeldía ante la incomodidad. Por Andrés Bayas Lituma.	229
POESÍA	
Muestra de poesía de Ángel Oleas	234
Ruta del Mediterráneo	
Sólo Manos	
COLABORADORES	

PRESENTACIÓN

La Constitución de la República del Ecuador ha cumplido 12 años de vida jurídica, como columna vertebral de la democracia y piedra angular del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Desde que la actual conformación de juezas y jueces asumieron sus funciones, muchos han sido los desafíos con los que, como guardián de la Constitución, se ha enfrentado y ha cumplido esta Corte Constitucional. Sus logros, sin embargo, no se han circunscrito a su rol jurisdiccional, sino también a esa otra misión que le entregó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) que es fomentar la investigación jurídica en las áreas de la teoría del derecho, derecho constitucional ecuatoriano, derecho constitucional comparado, derechos humanos e historia del derecho. Es por eso que el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), brazo académico de esta Corte, presenta al país *Ius Constitutionale, Revista de Derecho Constitucional*, dirigida a estudiantes universitarios, investigadores, catedráticos, profesionales y público en general.

Se trata de una publicación con enfoque interdisciplinario que promoverá la reflexión, profundización y generación de estudios del derecho constitucional y sus ramas afines, mediante artículos, ensayos, entrevistas, comentarios y reseñas. Además, el CEDEC ha considerado de impostergable importancia que esta revista cuente con una sección de *Variété*, con temas no directamente vinculados al mundo jurídico, pero que son fundamentales para tener una audiencia informada y reflexiva, como son las áreas de la literatura, el cine y otras propuestas artísticas.

Este primer número cuenta con una sección principal, que son las *Reflexiones Jurisprudenciales*, en la que se presenta una columna editorial y comentarios a sentencias relevantes de la Corte Constitucional, preparados por el equipo de dirección e investigación del CEDEC. Además, esta sección incluye en la presente edición el ensayo jurídico *El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares en la Corte Constitucional ecuatoriana*, del Dr. Sebastián López Hidalgo.

Nuestra sección de *Entrevistas* inicia con la exposición de la trayectoria y el pensamiento jurídico del presidente de la Corte, el Prof. Hernán Salgado Pesantes, la Jueza Karla Andrade Quevedo, y el Juez Agustín Grijalva Jiménez, los tres catedráticos universitarios, destacados juristas, y pensadores del Derecho.

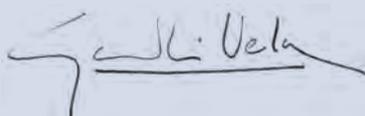
La sección de *Reseña*, por su parte, cuenta con un comentario Isabel Dávila Pereira titulado *Branding Legal Orders: Una antología sobre la trenza del derecho comparado*, a partir de la obra canadiense editada por los profesores John Borrows, Larry Chatrand, Oonagh E. Fitzgerald y Rosa Schwartz.

Por último, la *Varieté* de este primer número, incluye un artículo de la investigadora Andrea Armijos sobre *El nuevo cuento ecuatoriano en las manos de sus autoras*; la reseña de cine *Retablo: rebeldía ante la incomodidad* del investigador en estudios culturales Jorge Andrés Bayas; y una muestra poética realizada por Ángel Oleas, bibliotecario de la Corte Constitucional.

Estamos convencidos de que este primer número de *Ius Constitutionale* establecerá un estrecho vínculo entre la jurisdicción constitucional y la ciudadanía, por medio de un espacio profundamente reflexivo y fresco. Nuestra principal intención es consolidar la cultura constitucional del país.



Miguel Molina Díaz
Coordinador de Difusión CEDEC



Gandhi Vela Vargas
Director CEDEC



Byron Villagómez Moncayo
Coordinador de Investigación CEDEC

Reflexiones Jurisprudenciales



COLUMNA

Recorrido por el control constitucional en el constitucionalismo ecuatoriano

Por: Gandhi Vela Vargas

La Constitución es la norma suprema, la piedra angular del sistema jurídico de un estado y su supremacía tiene que ser más que una mera declaración. El control de constitucionalidad es el mecanismo por el que se garantiza la supremacía constitucional, en la misma carta fundamental del Ecuador el último título de esta se denomina: "supremacía de la constitución" y la Corte Constitucional está prevista en este título. Esto nos permite afirmar que la justicia constitucional es, desde el mismo diseño normativo del estado, de suma importancia y el máximo órgano de justicia constitucional e interpretación constitucional es la Corte Constitucional del Ecuador. Este organismo fue creado mediante la Constitución 2008 pero no es el primer cuerpo colegiado encargado de la justicia constitucional.

El desarrollo del constitucionalismo ecuatoriano, respecto a la justicia constitucional, tuvo un progreso bastante limitado en el

siglo XIX y primera mitad del siglo XX. La Constitución de 1845 determina que las leyes inconstitucionales no tendrán efecto; la Constitución de 1851 instaura el Consejo de Estado y entre las funciones de éste está velar sobre la observancia de la Constitución y las leyes; la Constitución de 1869 implanta un primer control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley; la Constitución de 1878 mantiene el control preventivo de 1869 y además encarga al Presidente de la República cuidar que todo funcionario público cumpla con la constitución; la Constitución de 1906 entrega la competencia al Consejo de Estado de velar por la observancia de la Constitución y las leyes y proteger las garantías constitucionales; la Constitución de 1929 incluye en un título de la misma la supremacía de la constitución, además de determinar la invalidez de las normas opuestas a la misma y dispone que toda autoridad debe ajustar sus actos a la Constitución, finalmente entrega al Legislativo la potestad de declarar si

¹ Legum Master (LL.M.) por la Freie Universität Berlin, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ha participado en la edición de UN-Forum (2016-2018). Actualmente es Director del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador y ejerce la Docencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

una ley es inconstitucional. Durante este siglo de constituciones que se siguen no hay un órgano encargado del control de constitucionalidad.

A partir de 1945 se establece por primera vez una estructura propia encargada del control de constitucionalidad en el Ecuador. El Tribunal de Garantías constitucionales de 1945 recibió indefectiblemente influencia del modelo europeo de justicia constitucional, particularmente del tribunal homónimo establecido en la Constitución de la República Española de 1931, que junto a los tribunales constitucionales de Austria y Checoslovaquia de 1920 son el inicio del sistema de control constitucional conocido como modelo europeo. El Tribunal de Garantías Constitucionales reemplazó al consejo de estado y es por esa razón que se le otorgó además de las atribuciones propias de control constitucional otras que no eran de control constitucional. Este tribunal fue eliminado mediante la constitución de 1946 que reinstauró el consejo de estado y entre sus facultades estuvieron algunas de control constitucional, por lo tanto, su fugaz duración no permitió ver todas sus potencialidades en la práctica pues durante la corta vigencia de la carta fundamental de 1945 no se conformó el tribunal.

Se retoma bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales una estructura encargada de una parte del control constitucional en la constitución de 1967 con menos atribuciones que las que contemplaba la ley fundamental de 1945. El control preventivo de norma por objeción presidencial correspondía a la Corte Suprema de Justicia y no al Tribunal de Garantías Constitucionales, asimismo la Corte Suprema de Justicia de ese entonces era capaz de suspender un precepto en caso de inconstitucionalidad y era el Congreso quien decidía definitivamente. El Tribunal de Garantías Constitucionales compartía el control de constitucionalidad con la Corte Suprema de Justicia. Si llegó a conformarse, no como su antecesor de 1945 pero su duración también fue efímera pues el golpe de 1970 también lo disolvió.

Al retornar a la democracia se retoma en la carta de 1978/79 el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero siendo el Congreso unicameral el que decide la inconstitucionalidad sea por objeción presidencial en control preventivo o en control a posteriori y la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de suspender una norma por inconstitucional hasta que el legislativo decida. Así que el Tribunal tiene competencia para realizar meras observaciones y presentarlas al parlamento. Mediante reformas

constitucionales realizadas en 1983 puede el Tribunal de Garantías Jurisdiccionales suspender leyes y otras normas por inconstitucionalidad, y se mantiene para el congreso la decisión final. Además, la reforma de 1983 determina que la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Fiscal y Tribunal de lo Contencioso Administrativo pueden inaplicar normas por inconstitucionales en casos concretos e informar de esa decisión al Tribunal de Garantías Jurisdiccionales para que si la considera inconstitucional suspenda la norma y pueda remitirla al legislativo para que este decida. La constitución se vuelve a reformar en el año de 1992 y estas reformas crean un sistema híbrido de control constitucional repartido entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Garantías Constitucionales. Al Tribunal de Garantías Constitucionales le correspondía conocer de la inconstitucionalidad de leyes y otras normas, y podía suspender la misma, pero la resolución recaía en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, esto finalmente hizo que haya tensión entre ambos órganos encargados del control de constitucionalidad en este sistema híbrido.

Las reformas constitucionales de 1996 eliminan la Sala Constitucional y el Tribunal de Garantías Constitucionales creando el Tribunal Constitucional, este tribunal ya competente para

dictar decisiones definitivas respecto de la constitucionalidad de normas. La Corte Suprema de Justicia y los tribunales de última instancia eran los que podían declarar la inaplicabilidad de un precepto mediante el control concreto, si lo hacían debían informar al Tribunal Constitucional para que inicie un control abstracto.

La Constitución de 1998 mantiene el Tribunal Constitucional como estructura específica para control de constitucionalidad y también permite el control difuso de normas pues todos los jueces eran competentes para declarar inaplicable una norma inconstitucional en un caso específico con efectos inter partes e informar al Tribunal Constitucional de esto para su control abstracto.

Finalmente, la Constitución del 2008 crea la Corte Constitucional como máximo organismo de justicia constitucional ejerciendo esta un control concentrado. La historia del constitucionalismo ecuatoriano en este específico tema nos muestra lo variante que ha sido el sistema para el control de constitucionalidad, pero a su vez nos confirma que, la supremacía de la constitución es un elemento esencial del ordenamiento jurídico del Ecuador. La Corte Constitucional es el guardián de la constitución y cada uno de sus actos debe proteger la carta fundamental.

COMENTARIOS

La protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana en las sentencias 335-13-JP/20 y 897-11-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Byron Villagómez Moncayo¹,
Rubén Calle Idrovo², Valeria Garrido Salas³

1.- Introducción:

El 12 de agosto de 2020, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE o la Corte) emitió las sentencias de revisión 897-11-JP/20 y 335-13-JP/20, en las cuales analizó las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos administrativos relacionados con personas en situación de movilidad humana. En dichas resoluciones, la CCE reconoció una vulneración de derechos constitucionales por parte de autoridades judiciales y personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (en adelante, MREMH); motivo por el cual

ordenó medidas de reparación y no repetición para restituir los derechos violentados y evitar su ocurrencia en el futuro. Debido a su notable calidad y los altos estándares fijados en ellas, ambas sentencias fueron reconocidas con el primer lugar en el marco de los “Premios Sentencias 2020 – Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional”, que alientan la emisión de criterios jurisprudenciales que consoliden un cambio en la defensa de los derechos humanos de personas migrantes en las Américas⁴.

¹ Doctor (PhD) en Criminología por las Universidades de Utrecht y Hamburgo, Abogado por la PUCE. Autor de varias publicaciones, entre ellas: How criminal courts blend punitive ends with immigration control aims: The decision-making process of the discretionary prosecution provision to authorise an administrative expulsion; The punitive meanings of immigration control: The Spanish case. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

² Master Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, Especialista en Derecho Constitucional en la Universidad del Azuay, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad de Cuenca. En el 2014 recibió el premio extraordinario de fin de estudios de la Universidad de Sevilla. Autor de varias publicaciones e investigador acreditado por la SENESCYT.

³ Licenciada Multilingüe en Negocios y Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ha colaborado en proyectos de investigación en temas de política exterior, trabajo doméstico, género, derecho internacional y derecho constitucional. Además, ha participado en varias ediciones del MUNLEAI y eventos académicos organizados por la Universidad de las Américas y la Universidad de las Fuerzas Armadas.

⁴ CICR. “Sentencias judiciales de Ecuador, Costa Rica y México ganan el Premio Sentencias 2020”, 30 de octubre de 2020. *Comunicados de prensa del Comité Internacional de la Cruz Roja*, <https://www.icrc.org/es/document/sentencias-judiciales-de-ecuador-costa-rica-y-mexico-ganan-el->

Por una parte, en la sentencia 897-11-JP/20 se revisó una acción de protección presentada por una persona a la que el MREMH le negó una solicitud de asilo, que fue rechazada en doble instancia⁵. En su momento, la parte accionante argumentó que cumplía con los requisitos para obtener la protección internacional y ser reconocida en condición de refugiada; sin embargo, debido a que durante su entrevista no se le otorgó un intérprete calificado que hablara su idioma natal⁶, no pudo comunicarlo de una forma adecuada.

Frente a este escenario, la Corte se pronunció respecto a las garantías mínimas en los trámites de solicitud de asilo, y efectuó un análisis acerca del derecho a solicitarlo, enfatizando en el estado de vulnerabilidad de las personas que requieren protección internacional. Además, se refirió al principio de no devolución o *non-refoulement* y profundizó en el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de derechos de las personas en situación de movilidad humana⁷.

Como resultado de su análisis, la CCE decidió: a) revocar

las sentencias impugnadas; b) declarar la vulneración de derechos constitucionales; c) disponer como medidas de no repetición: i) la elaboración de un instructivo para regular el procedimiento de acceso a un intérprete calificado en toda etapa del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado; ii) el desarrollo de capacitaciones para los funcionarios del MREMH y las juezas y jueces que conocen garantías jurisdiccionales respecto de los derechos que les asisten a las personas en situación de movilidad humana; y, iii) la difusión debida, oportuna y generalizada de la sentencia por parte del MREMH y el Consejo de la Judicatura⁸.

Por otra parte, en la sentencia 335-13-JP/20 se analizó la acción de protección presentada por una persona a la cual se le revocó la nacionalidad ecuatoriana por naturalización mediante una declaratoria de lesividad del MREMH, demanda que fue rechazada en doble instancia⁹. Como consecuencia de esta revocatoria, el accionante estuvo en desprotección total, pues no solo

premio-sentencias-2020#:~:text=%2D%20Impartidores%20de%20Justicia%20de%20Ecuador,derechos%20de%20personas%20migrantes%20y

⁵ CCE. *Sentencia 897-11-JP/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 23-24.

⁶ *Ibid.*: párr. 20-21.

⁷ *Ibid.*: párr. 27.

⁸ *Ibid.*: 28-29.

⁹ CCE. *Sentencia 335-13-JP/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 33-36.

quedó en una situación migratoria irregular al no poder determinar cuál era su nacionalidad¹⁰, sino que también fue detenido por agentes de migración en el aeropuerto durante tres días mientras determinaban su condición migratoria¹¹. En el caso en cuestión, la Corte determinó cinco problemas jurídicos a resolver; cuatro posibles vulneraciones a derechos constitucionales: a) al debido proceso; b) a la nacionalidad; c) a la libertad personal e integridad personal; d) a migrar; y adicionalmente, examinar la idoneidad de la acción de protección como recurso jurídico para tutelar los derechos en casos de movilidad humana¹².

Como resultado de la revisión de los expedientes y el desarrollo de la audiencia pública, la CCE decidió: a) declarar la vulneración a todos los derechos constitucionales alegados; b) dejar sin efecto las sentencias impugnadas; c) disponer que el MREMH efectúe un pago de USD \$5.000 al accionante por los daños producidos; d) solicitar a la Asamblea Nacional, el MREMH y el Ministerio de Gobierno, adecuar la normativa pertinente y vigente a los criterios

de la sentencia, y que cada una de estas instituciones públicas realice una debida, oportuna y generalizada difusión del fallo en cuestión por los medios disponibles¹³.

Este artículo analizará las sentencias de revisión 897-11-JP/20 y 335-13-JP/20, decisiones que determinaron vulneraciones de derechos de personas migrantes por parte del Estado ecuatoriano. Para el efecto, primero se hará un repaso normativo y doctrinario sobre la movilidad humana como derecho humano. Luego, se profundizará en un análisis sobre el derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución. Seguidamente, se examinará el derecho al debido proceso en procedimientos administrativos migratorios del Ecuador; para después continuar con una revisión al derecho a la tutela judicial efectiva en materia migratoria y refugio. Finalmente, se presentarán las conclusiones generales del análisis propuesto.

2.- Reflexiones sobre la movilidad humana como derecho humano:

A “la movilidad humana podemos entenderla como una

¹⁰ *Ibíd.*: párr. 86-87.

¹¹ *Ibíd.*: párr. 101.

¹² *Ibíd.*: párr. 41.

¹³ *Ibíd.*: p. 32-33.

*posibilidad o como una efectividad*¹⁴, es decir que esta se puede referir no sólo a la aptitud natural del ser humano para desplazarse, sino también al hecho de que la persona efectúe un desplazamiento. Los filósofos Lorenzo Peña y Txetxu Ausín explican que los seres humanos tienen la necesidad de buscar sustento y la motivación de encontrar bienestar, y que en caso de encontrar obstáculos en la satisfacción de ambas, buscarán desplazarse; consideran, en suma, que la movilidad humana es una característica y valor intrínseco de la humanidad¹⁵.

Los reportes sobre las migraciones en el mundo comprueban esta necesidad y motivación de desplazamiento que tienen los seres humanos. Según el informe anual de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM), la mayoría de las personas migrantes están en edad de trabajar y se dirigen a países de renta alta; así, en 2017, 64% de ellas (164 millones de personas) eran trabajadoras, y 70% (234 millones de personas) tenían edad para trabajar¹⁶. Además, el 68% de migrantes en el mundo tuvieron

como destino un país de ingreso alto, y para otro 19% su destino fue un país de ingreso mediano alto¹⁷.

Vale la pena destacar que, en el derecho internacional clásico, se asumía que un Estado tenía soberanía sobre el trato de las personas dentro de su territorio; por lo que la migración era entendida como una cuestión exclusiva del derecho doméstico, sujeta a la discrecionalidad estatal¹⁸. Así, las personas que migraban fuera de su país no tenían un marco jurídico internacional que les brindara garantías mínimas de derechos dentro del territorio al que se desplazaban. No fue sino a mediados del siglo XX, precisamente en 1948, que se consolidó la internacionalización de los derechos como una concepción universal, por medio de la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH).

Como resultado del reconocimiento universal de los derechos humanos, se dio apertura a una dimensión ética en la gestión migratoria, que también limitó la

¹⁴ Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, "El valor de la movilidad humana", en *Pasando Fronteras: El valor de la movilidad humana*, Madrid: Plaza y Valdés Editores (2005): 9.

¹⁵ *Ibíd.*: 10-13.

¹⁶ Marie McAuliffe y Binod Khadria, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM (2019), https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf (consultado el 09-12-2020): 35-36.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Lila García, *Migración, derechos humanos y política migratoria*. Buenos Aires: IPPDH y OIM (2016), <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/03/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf> (consultado el 08-12-2020): 9.

facultad exclusiva de los Estados sobre las personas migrantes¹⁹. En la actualidad existe un extenso abanico de convenciones, tratados y acuerdos²⁰, tanto internacionales como regionales y bilaterales, que proporcionan un régimen de derechos para las personas que deciden migrar. Estos instrumentos internacionales, desarrollados con base en los parámetros básicos fijados por la DUDH, tienen como fundamento central a la dignidad, libertad e integridad de los seres humanos.

La dignidad humana, fundamento nuclear de los derechos humanos, es una característica inherente a la especie humana, por lo que se la considera *“un elemento constitutivo del ser humano, *mínimum*, propio, inalienable e invulnerable, que todo ordenamiento constitucional está compelido históricamente a asegurar”*²¹. Desde su preámbulo, la DUDH afirma que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo*

*tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*²². Asimismo, en su primer artículo hace énfasis en que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*²³, dejando en claro que el concepto de dignidad es base y sustento de la estructura de los derechos humanos.

Uno de los derechos fundamentales tratados en las sentencias constitucionales materia de análisis del presente artículo se refiere a la nacionalidad. Según el art. 15 DUDH *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”*²⁴. Se cataloga a la nacionalidad como el vínculo jurídico entre el Estado y una persona: el Estado otorga un amparo jurídico en las relaciones internacionales a un individuo²⁵. La determinación de la

¹⁹ Lila García. “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”. *Colombia Internacional*: 88 (2016), <https://doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.05> (consultado 09-12-2020): 8.

²⁰ Entre estos destacan: la “Convención para reducir los casos de apatridia” de 1961; la “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial” de 1965; el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 1966; la “Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados” de 1951 y su Protocolo de 1967; la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” de 1979; la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” de 1984; la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven” de 1985; la “Convención sobre Derechos del Niño” de 1989; la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias” de 1990; y la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” de 2006.

²¹ Víctor García Toma, “La dignidad humana y los derechos fundamentales”. *Derecho & Sociedad*, 51 (2018): 13-31.

²² DUDH. Documentos, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>.

²³ *Ibid.*: Art. 1.

²⁴ *Ibid.*: Art. 15.

²⁵ Augusto Guevara Palacios, *Los Dictámenes Consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y*

nacionalidad es jurisdicción interna de cada Estado y será reconocida por otros Estados siempre que esta sea consistente con los principios y las normas contenidas en tratados internacionales²⁶. Se destaca que el derecho humano a la nacionalidad se erige como matriz para los derechos políticos de una persona, de ahí que, su titularidad sea tan importante y se la considere universal²⁷.

Aterrizando específicamente en el derecho a la movilidad humana, el art. 13 DUDH reconoce la libertad de circulación y libre elección de residencia y asentamiento²⁸. En años posteriores, nuevos instrumentos de derecho internacional²⁹ han desarrollado los parámetros en torno a este derecho y especifican que su alcance es exclusivo a la 'condición legal' de un migrante dentro del territorio del Estado receptor. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que **"el derecho de circulación y residencia es una condición indispensable para el libre**

desarrollo de la persona y consiste, inter alia, en el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia"³⁰ (énfasis añadido).

Son varios los autores que denuncian fragilidad en el reconocimiento del derecho de libertad de circulación como un derecho universal. La vulnerabilidad del mencionado derecho radica en que el derecho a *emigrar* tiene un reconocimiento en la DUDH, pero no existe mención alguna acerca del derecho a *inmigrar*. Por este motivo, Philip Cole reconoce una inconsistencia en la libre circulación como derecho humano, debido a que los Estados receptores no están obligados a admitir a todas las personas que deciden acceder a su territorio³¹. Inclusive, el profesor Satvinder S. Juss se refirió al derecho a la libre circulación como un 'derecho incompleto', pues si bien una persona tiene luz verde para salir de su país, su

convencional. Barcelona: Bosch Editor (2012).

²⁶ Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, citado por Hugo Llanos Masilla. "La Nacionalidad", en *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (2009): 557-579.

²⁷ Marcos Francisco del Rosario Rodríguez. "El derecho a la nacionalidad". *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1-No. 1 (2011), <http://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/issue/view/2>.

²⁸ *Ibíd.*: Art. 13.

²⁹ Ver, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 12; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias; art. 8; y CADH: art. 22.

³⁰ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148: párr. 206.

³¹ Philip Cole, citado por Ricard Zapata-Barrero. "Teoría Política de la Frontera y la movilidad humana". *Revista Española de Ciencia Política*, 29 (1) (2012): 56-57, <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37548>.

admisión en otro Estado estará sujeta a los requisitos establecidos por éste³².

A pesar de que no existe una obligación para los Estados de recibir a migrantes con una situación irregular, esto no los exime de determinar sus políticas de control migratorio con observancia de los derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[E]n el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos³³.

Si bien los derechos humanos constituyen una limitación a las competencias del Estado en materia de inmigración, el condicionante de 'legalidad' para que los migrantes tengan garantías mínimas de derechos frente al Estado receptor ha generado un amplio debate, tanto en el derecho como en otras ciencias humanas y sociales.

En el caso del Estado ecuatoriano, existe un enfoque en derechos humanos en lo que respecta a la salida y entrada de personas en su territorio.

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) en su art. 40 prescribe que *“se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”*³⁴. Adicionalmente, en los números 6 y 7 del art. 416 CRE se aceptan como intereses y principios de las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano:

[E]l principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos³⁵.

De manera que, la Carta Fundamental garantiza la protección y promoción de los derechos de las personas en situación de movilidad humana que se complementa con la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante, LOMH), que desarrolla e interpreta las normas de movilidad humana en el sentido que favorezca más los derechos humanos³⁶.

³² Satvinder Juss, citado por Fernando Galeano. 2011. "Defensa del derecho a la libre circulación". *Revista de Derecho Público*, 28 (2011): 11, <http://dx.doi.org/10.15425/redpub.28.2012.03>.

³³ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, Sentencia de 28 de agosto de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 282: párr. 350-352.

³⁴ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 40.

³⁵ *Ibid.*: art. 416.

³⁶ LOMH. Registro Oficial Suplemento 939, 6 de febrero de 2017: art. 2.

3.- Derecho a solicitar asilo y principio de no devolución:

El derecho de asilo constituye una de las instituciones protectoras fundamentales del Derecho Internacional Público, así como una garantía esencial de los derechos humanos. Siguiendo la ya clásica definición de Díez de Velasco, por asilo “se entiende la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas o persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas Autoridades”³⁷. Con más precisión, la Comisión de Ayuda al Refugiado (CEAR) recoge la siguiente síntesis conceptual:

Derecho de toda persona a buscar protección fuera de su país de origen o de residencia habitual y disfrutar de ella en caso de tener fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. La persecución por motivos de género, incluida aquella motivada por la preferencia sexual y la identidad de género, están incluidas en las causas de persecución que reconoce este derecho. El Derecho de Asilo es un derecho humano fundamental recogido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollado en la Convención de Ginebra de 1951 y su protocolo (Protocolo de Nueva York de 1967)³⁸.

En efecto, el derecho al asilo se encuentra reconocido por un sólido dispositivo jurídico de instrumentos

internacionales. En el contexto americano, el art. 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), prescribe que, “*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales*”³⁹. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que:

[L]a figura del asilo en sentido amplio descansa sobre un núcleo duro que se relaciona, por un lado, con la protección que un Estado ofrece a una persona que no es de su nacionalidad o que no reside habitualmente en el territorio del mismo y, por el otro, con no entregar a esa persona a un Estado donde su vida, seguridad, libertad y/o integridad se encuentran o podrían encontrarse en peligro. Ello toda vez que el fin primordial de la institución es preservar la vida, la seguridad, la libertad o la integridad de la persona... el derecho humano que le asiste en el marco del sistema interamericano a toda persona que sufre persecución consiste en ‘buscar’ y en ‘recibir’ asilo. Dichos vocablos no pueden escindirse, es decir, la configuración del derecho incorpora ambos componentes por lo que no es admisible posiciones que procuren desintegrar su fortaleza normativa... el derecho a buscar abarca el derecho de solicitar o pedir el asilo, ya sea en el territorio del Estado o cuando de cualquier forma se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, para que el derecho a buscar asilo surta su efecto útil, se requiere que los Estados de acogida permitan que las personas puedan peticionar el asilo o el reconocimiento del estatuto de refugiado, razón por la cual esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o devueltas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías. Ello exige, tal como ha resaltado esta Corte, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución⁴⁰.

³⁷ Manuel Díez de Velasco. “Instituciones de Derecho Internacional Público”. 12a edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid (1999): 514.

³⁸ CEAR-Euskadi. “Diccionario de Asilo” (n.d.). Recuperado el 4 de diciembre de 2020: <https://diccionario.cear-euskadi.org/derecho-de-asilo/>.

³⁹ CADH. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

⁴⁰ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación de los artículos 5, 22.7 y 22.8 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018, Serie A No. 25: párr. 101, 120 y 122.

Se han presentado disquisiciones doctrinarias en torno de la distinción entre los conceptos de *asilo* y *refugio*. Como explica Arlettaz⁴¹, esta aparente dualidad requiere considerar la presencia de tres sistemas referidos a la protección internacional: la tradición latinoamericana, el sistema universal y el sistema interamericano. De esta caracterización, el citado autor constata que ambos términos se usan indistintamente en diversos instrumentos internacionales, con base en lo cual se permite concluir lo siguiente:

De lo anterior resulta claro que no es posible distinguir el asilo y el refugio como si fueran dos instituciones distintas y bien delimitadas. Más bien parece que existen múltiples instrumentos de protección internacional de personas perseguidas que tienen grados de obligatoriedad diferente y que guardan complejas relaciones entre sí. El alcance concreto de la protección internacional que un Estado pueda o esté obligado a dar y, en su caso, las características de los derechos y deberes en cabeza de las personas protegidas dependerán en cada caso de los compromisos internacionales que haya asumido ese Estado. Si para esa protección se utiliza el término *asilo* o el término *refugio* también esa protección se enmarque, aunque no parece que sea tan importante que se use uno u otro término mientras que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales. Igualmente, si el Estado decide, de modo interno, organizar un sistema unitario de protección internacional o, por el contrario, establecer cauces diferentes (por ejemplo, uno para quienes solicitan protección bajo determinada convención de la tradición latinoamericana y otros para quienes solicitan protección bajo la Convención de 1951) es una cuestión que, aunque por supuesto tiene gran relevancia práctica desde el punto de vista del solicitante de protección, es irrelevante desde la perspectiva internacional mientras el Estado cumpla con sus obligaciones en la extensión debida⁴².

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la CRE dispone expresamente en su art. 41 que, “Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos”⁴³. Esta base normativa ha sido específicamente desentrañada por la CCE en la reciente sentencia 897-11-JP/20, en la cual se ha hecho notar que en el Ecuador el procedimiento de asilo “también puede ser denominado ‘trámite de solicitud de refugio’. Por ende, también se puede calificar al solicitante como ‘solicitante de refugio’ y al derecho como ‘derecho al refugio’ en virtud de que dicho lenguaje ha sido empleado por la Constitución en el artículo 41 y en la Ley Orgánica de Movilidad Humana”⁴⁴.

Asimismo, sobre la cuestión de fondo, en la referida sentencia⁴⁵ la Corte ha determinado que una persona será considerada como refugiada en tanto reúna indistintamente y sin exclusión los requisitos enunciados en las definiciones previstas, tanto en la Convención de Ginebra de 1951⁴⁶, como en la Declaración

⁴¹ Cfr. Fernando Arlettaz. “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 22, No. 1 (2016): 187-226.

⁴² *Ibid.*: 196-197.

⁴³ CRE. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

⁴⁴ CCE. *Sentencia 897-11-JP/20*, 12 de agosto de 2020: nota al pie 15.

⁴⁵ *Ibid.*: párr. 61.

⁴⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951; incorporada al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Decreto Ejecutivo No. 3293, *Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención*

de Cartagena de 1984⁴⁷; lo que a criterio de la CCE necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente dicha condición, por lo que, *“el reconocimiento de la condición de refugiado tiene una naturaleza meramente declarativa y no constitutiva”*⁴⁸. Como puntualiza la Corte, estas definiciones se encuentran recogidas explícitamente en el art. 98 LOMH⁴⁹. Igualmente, se debe destacar que según la sentencia 897-11-JP/20, *“el reconocimiento de la condición de refugiado no es una decisión discrecional del Estado, porque una vez que una persona cumple con los presupuestos en las definiciones de refugiado citadas anteriormente es su obligación brindarle tal protección internacional”*⁵⁰.

Componente inescindible del derecho de asilo es el principio de no devolución o *non-refoulement*. Conforme al art. 33 de la citada Convención de Ginebra de 1951, *“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las*

fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Como explica el autor Roberto Garretón⁵¹, este principio ha tenido un notable desarrollo que lo ha llevado a contar con un amplio reconocimiento en una extensa gama de textos normativos.

En el contexto latinoamericano, como describe detalladamente el citado autor⁵², la historia de este principio es aún más antigua, ya que puede remontarse al Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, con un posterior reconocimiento en el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de 1939, la Convención de Caracas de 1954, la Convención sobre Extradición de 1981, y finalmente y de manera primordial en la propia CADH, que en su art. 22.8 dispone que, *“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en*

de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967. Registro Oficial 782, 30 de septiembre de 1987.

⁴⁷ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ LOMH. Registro Oficial Suplemento 938, 6 de febrero de 2017.

⁵⁰ CCE. Sentencia 897-11-JP/20, 12 de agosto de 2020: párr. 63.

⁵¹ Cfr. Roberto Garretón M. “Principio de no devolución’. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención. *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas*. Memoria Coloquio Internacional. IIDH-ACNUR, San José (1994).

⁵² *Ibidem*.

riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas". En este sentido, los parámetros sentados por la jurisprudencia de la Corte IDH determinan lo siguiente:

Las dos normas [la del art. 22.8 de la CADH y la del art. 33 de la Convención de 1951], leídas en conjunto, implican que una persona no puede ser rechazada en la frontera o expulsada de otro país sin un análisis adecuado e individualizado de su petición. Adicionalmente, antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo cuando hubiera posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual pueda ser retornada al país donde sufren dicho riesgo ('devolución indirecta'). El principio de *non-refoulement* ha sido denominado la 'piedra angular de la protección de los refugiados', la cual se aplica aun si éstos no hayan sido admitidos legalmente en el Estado receptor e independientemente de haber llegado individual o masivamente⁵³.

En esta misma línea de razonamiento, ACNUR ha destacado que tanto a través de sus pronunciamientos como de los de la Corte IDH, se ha reconocido *"la importancia fundamental de la no devolución como la piedra angular del derecho de asilo"*⁵⁴, y que concretamente la Corte IDH, haciendo referencia a la Declaración de los

Estados Parte de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, *"ha establecido que este principio también constituye norma consuetudinaria de Derecho Internacional"*⁵⁵. Resulta asimismo pertinente citar la definición contemplada en el glosario de CEAR, que a la sazón establece lo siguiente:

[E]l principio de no devolución es también un componente fundamental de la prohibición consuetudinaria de la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes [se cita el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 31 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes] (...) En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado (caso Soering) que la prohibición brindada por el art. 3 del Convenio Europeo en contra del maltrato 'es igualmente absoluta con respecto a la expulsión'. El ACNUR, con base en estos y otros instrumentos para la protección de los derechos humanos... ha reiterado que 'la expulsión o el regreso de una persona a un país donde hay motivos sustanciales para creer que enfrentará un riesgo real de tortura, tratos o castigos inhumanos o degradantes se hallan dentro del alcance de la prohibición de tales actos. Esto se aplica igualmente a la expulsión o el regreso de una persona a un país del cual podría sucesivamente ser expulsada o devuelta a un tercer país donde enfrentaría un riesgo real de tal trato' (...) Sobre la dimensión territorial de la no devolución, ACNUR también ha recalcado que 'un individuo estará dentro de la jurisdicción de un Estado en aquellas circunstancias en que está sometido al control efectivo de ese Estado, o se vea afectado por quienes actúan en nombre de ese Estado, dondequiera que ello ocurra. El principio de no devolución, por consiguiente, tendrá aplicación en toda circunstancia en la cual el acto en cuestión sea atribuible al Estado sin importar si ello ocurre u ocurriría dentro del territorio del Estado o en otro sitio'⁵⁶.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el art. 41 CRE prescribe

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos* (2015): párr. 436-438: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4605/16.pdf>. Ver también: Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 272: párr. 153;

⁵⁴ ACNUR. "3. Ficha técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión". *Fichas Técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la Protección de las Personas del Interés del ACNUR*. (2017): 5, <https://www.cejil.org/sites/default/files/ficha3.pdf>. Ver también: Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo*, Óp. Cit.: párr. 139; *Opinión Consultiva OC-21/14 "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional"*, 19 agosto 2014, Serie A No. 21: párr. 38.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ CEAR-Euskadi. "Diccionario de Asilo" (n.d.). Recuperado el 4 de diciembre de 2020: <https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-de-no-devolucion/>.

que, “El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia”. Con este fundamento, la CCE ha desarrollado dicho principio en su jurisprudencia, manifestando de manera concreta lo siguiente:

[E]l principio de protección de no devolución, también denominado ‘non-refoulement’ enuncia esencialmente la obligación de los Estados de no devolver a una persona a su país de origen cuando su vida o libertad corren peligro, e incluye la prohibición del rechazo en las fronteras, constituyéndose la columna vertebral del sistema jurídico protector de las personas refugiadas. Es fundamental anotar que este principio restringe la posibilidad de poner en riesgo la vida o seguridad de quien busca refugio o se acoge a él mediante el rechazo o la devolución⁵⁷.

En la reciente sentencia 897-11-JP/20, la Corte ha examinado los diversos instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y que conforman el bloque de constitucionalidad, en lo atinente al principio de no devolución. En este sentido, el citado organismo jurisdiccional ha concluido que si se sistematizan las referidas normas dentro de dicho bloque:

[L]a interpretación integral y más favorable a la vigencia de los derechos es que: las personas refugiadas se encuentren protegidas por el derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente en el Estado receptor, no podrán ser devueltas o expulsadas a un país, sea o no de origen, donde su vida, libertad, integridad o la de sus familiares peligran (...). Para esta Corte el principio y derecho a la no devolución, al tenor del artículo 66 numeral 14 de la Constitución en concordancia con el artículo 22 numeral 8 de la CADH, no protege únicamente a las personas solicitantes de

asilo o refugiadas. En el Sistema Interamericano, este derecho es más amplio en su alcance, así las personas están protegidas contra la devolución sin importar su estatus legal o condición migratoria en el Estado de que se trate⁵⁸.

Esta determinación de la CCE es particularmente destacable, ya que amplifica el ámbito de aplicación y obligatoriedad del principio de no devolución más allá del estatuto de las personas refugiadas o solicitantes de asilo. De hecho, la Corte explicita su aplicabilidad a cualquier persona en situación de movilidad humana, sin que su estatus legal o condición migratoria sea determinante. En este mismo sentido, en la sentencia 335-13-JP/20 se señala expresamente que, “impedir el ingreso de personas que presentan necesidades de protección internacional, así como rechazarlas tanto en frontera como en aeropuertos o zonas ‘internacionales’, vulneraría el derecho y principio de no devolución, reconocido como norma imperativa o de jus cogens”⁵⁹. De allí que sea obligación permanente e ineludible del Estado garantizar el contenido y plena aplicación del principio de no devolución, teniendo en cuenta los estándares normativos y jurisprudenciales a los que se ha venido aludiendo.

⁵⁷ CCE. Sentencia 002-14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014: 52.

⁵⁸ CCE. Sentencia 897-11-JP/20, 12 de agosto de 2020: párr. 71 y 73.

⁵⁹ CCE. Sentencia 335-13-JP/20, 12 de agosto de 2020: párr. 111.

4.- Debido proceso en procedimientos administrativos migratorios (asilo y revocatoria de carta de naturalización-lesividad): derecho a la defensa, intérprete y notificación:

En la sentencia 897-11-JP (garantías mínimas en el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado) se acoge la petición del accionante de la acción extraordinaria de protección, teniendo como antecedente que por vía administrativa se le negó en forma definitiva la petición de refugio a un ciudadano nigeriano. Este acto administrativo fue impugnado vía acción de protección argumentando, en lo principal, *“que la Cancillería no le concedió un intérprete calificado cuando fue entrevistado, habiendo fallado la comunicación entre ambos en repetidas ocasiones”*⁶⁰.

La entrevista ante un funcionario de la Dirección de Refugio y Apatridia por la solicitud de protección internacional al Ecuador mediante asilo, fue realizada en inglés, cuando el idioma natal del peticionario era el igbo. Esta sola situación habría desnaturalizado y generado imprecisiones en la entrevista, lo que a su vez habría repercutido decisivamente en la negativa a

otorgar asilo por parte de la Comisión establecida para determinar la Condición de los Refugiados. Al respecto, el art. 76.7.f CRE reconoce y garantiza el derecho a, *“ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento”*.

Debemos dejar claro que para el presente caso el derecho de defensa se activa a favor del accionante –y no necesariamente de que quien se defiende de una imputación o demanda- de la petición de asilo en vía administrativa, pues al ejercerlo lo hace precisamente para defender sus derechos e intereses, buscando protección internacional en el Ecuador. Sobre este punto, la CCE toma en consideración lo establecido por la Corte IDH en cuanto a la exigencia de un ‘intérprete competente’, como así lo indicó en el caso *Familia Pacheco Tineo*⁶¹.

La CCE añade como características del intérprete el ser ‘calificado y capacitado’, pues solo así se hace efectivo el derecho a la defensa durante todas las etapas de cualquier trámite administrativo en que se determinen derechos y obligaciones relativas a una solicitud

⁶⁰ CCE, *Sentencia 897-11-JP/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 20.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209: párr. 159.

de asilo, cuando el idioma natal no sea el castellano o el del Estado receptor, debiéndose todas las resoluciones que se emitan ser traducidas a su idioma natal⁶². Observamos que la Corte refiere tanto al intérprete como al traductor: el primero para que intervenga entre el entrevistador y el solicitante de asilo, y el segundo con la obligación de traducir la documentación a fin de que las resoluciones que se emitan consten en el idioma natal del solicitante de asilo.

La CCE también distingue entre entrevistador e intérprete, quienes no pueden ser la misma persona, indicando para uno y otro su propio accionar. Para el caso del entrevistador, la Corte considera que debe realizar preguntas encaminadas a esclarecer los motivos de la petición y elaborar el informe que será conocido por la Comisión de Refugio y Apatridia; sus límites se encuentran, *“en realizar las preguntas necesarias para recopilar toda la información que permita reunir las razones por las cuales el solicitante de asilo no quiere o no puede regresar a su país de origen o residencia habitual, respetando el principio de reserva y confidencialidad. Incluso pueden*

*existir casos en donde requiera más de una entrevista”*⁶³.

En cuanto al intérprete, éste se vuelve necesario en caso de que el entrevistador y solicitante del asilo no hablen el mismo idioma, con las características de profesionalidad, integridad, imparcialidad y confidencialidad. Para ello, la Corte ha establecido las siguientes directrices: a) interpretación precisa sin añadir ni omitir información; b) atención al lenguaje no verbal del solicitante y sus formas de expresión, para lo cual debe tener sensibilidad al género, edad, diversidad y cultura; c) pedir clarificación a fin de garantizar la integralidad del relato del solicitante; y, d) mantener total reserva y confidencialidad respecto del contenido o naturaleza de las entrevistas⁶⁴.

La CCE también fija la obligación de que el intérprete sea acreditado, a fin de garantizar la calidad del contenido de la declaración, protegiendo con ello los derechos de la persona en situación de movilidad humana. La Corte deja en claro que de forma excepcional los solicitantes pueden utilizar los servicios de su propio intérprete, debiendo para ello contarse con la expresa autorización

⁶² CCE. *Sentencia 897-11-JP/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 32.

⁶³ *Ibid.*: párr. 34.a.

⁶⁴ *Ibid.*: párr. 34.b.

del solicitante, que deberá constar en el expediente⁶⁵.

Entre otras directrices que emite la CCE en la sentencia 897-11-JP/19, merece señalarse lo establecido en el párr. 37, en lo concerniente a que la interpretación debe realizarse en la lengua materna del solicitante. En caso de no haber un intérprete calificado y capacitado para el efecto, debe realizarse un esfuerzo razonable por localizar uno, lo que debe constar en el expediente. Entre los llamados *esfuerzos razonables* están los de coordinar con ACNUR para localizar a un intérprete calificado, que podrá pertenecer a un ente privado como una agencia social, organización no gubernamental o instituto lingüístico calificado y capacitado.

Igualmente se indica que en caso de no ser posible ubicar a un intérprete en el idioma natal, se podrá realizar la interpretación en un idioma distinto al nativo, pero siempre observando que pueda comunicarse y comprenderlo suficientemente; esto debe contar con la autorización expresa del solicitante y constar del expediente. Uno de los principales aportes de la CCE en este punto radica en la aplicación del principio de favorabilidad, entendido como aquella situación en donde, cuando se genere

duda, esta será resuelta a favor del solicitante, en consideración al hecho de contarse con un intérprete de un idioma distinto al natal.

La Corte en este punto, y luego de considerar la situación de vulnerabilidad de la persona en movilidad humana como resultado de la falta de certeza en la veracidad del contenido del relato de la solicitud de asilo, llega a la conclusión que esta situación atenta contra el debido proceso del accionante, en el marco del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado⁶⁶. A más de ello, de los hechos del caso se observan vulneraciones en cuanto a que el solicitante de asilo no firmó la transcripción de la entrevista, como resultado de que no se le permitió leerla, a fin de poder confirmar si la información era correcta o no, o en su defecto requerir la respectiva rectificación. Se suma a esto que las resoluciones que se emitieron rechazando su solicitud de asilo fueron redactadas en español, imposibilitando con ello comprender de forma integral las implicancias de las mismas.

Finalmente, la CCE recoge en el párr. 49 de la resolución en comento lo expuesto en la sentencia de la

⁶⁵ *Ibid.*: párr. 36.

⁶⁶ *Ibid.*: párr. 45.

Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo*, sobre las garantías mínimas a ser observadas por los Estados para garantizar los derechos de las personas solicitantes de asilo:

1. La solicitud debe examinarse con objetividad, en el marco de un procedimiento establecido para el efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal.
2. Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa.
3. El procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad.
4. Si no se le reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello.
5. El recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante permanecer en el país hasta que la autoridad adopte la decisión del caso.

Como consecuencia de la declaración que hace la Corte al verificar la violación a la garantía del peticionario de asilo de contar con un intérprete calificado, se dispone como medidas de no repetición, que el MREMH elabore un instructivo:

[E]n el cual se regule el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, conforme los criterios establecidos en la presente sentencia y los estándares internacionales aplicables. La elaboración del instructivo deberá incluir un proceso participativo debiendo contar con la participación y asistencia de organizaciones de la sociedad civil y de organismos internacionales, principalmente de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁶⁷.

⁶⁷ *Ibid.*: párr. 97.

⁶⁸ CCE. *Sentencia 335-13-JP/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 39.

⁶⁹ *Ibid.*: párr. 47. Sobre la lesividad, la CCE en la sentencia 030-18-SEP-CC, 24 de enero de 2018: pág. 35, determinó que: “La lesividad, como institución jurídico-procesal del derecho administrativo, constituye una limitación a la potestad de auto tutela que caracteriza a la administración pública; esto es, la capacidad de proveerse directamente de remedio, en uso del poder público. En tal sentido, la obligación de la autoridad de declarar un acto como lesivo contra el interés público y de poner en conocimiento de la autoridad jurisdiccional la discusión

En la sentencia 335-13-JP/20, la Corte, *inter alia*, analiza las garantías del debido proceso que deben regir en el procedimiento de revocatoria de nacionalidad de una persona. La CCE reitera que el derecho al debido proceso no se restringe solamente a los recursos judiciales, sino que abarca toda decisión de autoridad pública, administrativa o judicial que incida sobre los derechos de una persona; derivándose en consecuencia que todo procedimiento o decisión que tenga una afectación en el derecho a la nacionalidad de una persona deba sujetarse a las reglas de debido proceso legal⁶⁸.

En este caso, el MREMH revocó la nacionalidad ecuatoriana por naturalización de un ciudadano cubano, sin notificar la existencia: a) del procedimiento para declarar lesivo el acto administrativo; y, b) de la resolución a través de la cual el MREMH declaró lesivo dicho acto. Sobre esta falta notificación, la Corte resalta que el acto de declaratoria de lesividad expedido en los términos bajo los cuales lo hizo el MREMH, carecía de aptitud jurídica para revocar de forma definitiva y directa los efectos de un acto administrativo previo⁶⁹.

Se suma a la falta de notificación otros cuestionamientos, como el no haber realizado la audiencia para la adopción de la declaratoria de lesividad conforme lo establece el art. 168 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE)⁷⁰.

Una de las consecuencias más gravosas que se desprende de este caso, es que la sola declaratoria de lesividad—sin acudir a una jurisdicción contencioso-administrativa— generó la suspensión de manera inmediata el goce de los derechos inherentes a la nacionalidad ecuatoriana por naturalización del accionante, lo que condujo a que la Dirección General del Documentos de Viaje inactive y retire el pasaporte al accionante. La CCE, en el párr. 48 de la sentencia 335-13-JP/20, es del criterio que lo único que hacía una resolución en tal sentido era habilitar a la administración a presentar la correspondiente acción de lesividad ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

La CCE, en sintonía con los pronunciamientos tanto de la Corte IDH como de la CIDH, ha identificado estándares mínimos del debido proceso legal que deben regir en

los procedimientos administrativos, en los cuales se incluye cualquier procedimiento que pueda concluir con la revocatoria de nacionalidad por naturalización. Entre ellas, la Corte menciona:

- a) la notificación previa de la existencia del proceso;
- b) tener una audiencia para la determinación de los derechos en juego;
- c) el derecho de ser asistido jurídicamente;
- d) el derecho a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para evacuar las correspondientes pruebas;
- e) el derecho a que las actuaciones y decisiones del proceso se consignen por escrito;
- f) el plazo razonable del procedimiento;
- g) el derecho a la revisión judicial efectiva de decisiones administrativas;
- h) el derecho a una decisión fundada;
- i) el derecho a la publicidad del accionar de la administración;
- j) gozar de un recurso efectivo con efectos suspensivos frente a la privación de la nacionalidad;
- k) gozar de un recurso efectivo para reestablecer la nacionalidad cuando la decisión de privación es ilícita o arbitraria.⁷¹

Como parte de su análisis en el caso en referencia (Sentencia 335-13-JP/20), la CCE observó que la notificación se hizo luego de emitida la resolución de revocatoria de la nacionalidad por naturalización en forma masiva a 150 personas, y

sobre su conformidad con la ley, es una para el beneficiario del acto en contra de la arbitrariedad en la actuación de las instituciones del Estado”.

⁷⁰ ERJAFE. Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.

⁷¹ *Ibíd.*: párr. 55.

constató que únicamente se había hecho un relato general de los hechos que condujeron a tal decisión, pero sin explicar de forma debida e individual las razones por las cuales se procedió a revocar la nacionalidad por naturalización. Ante esto, la Corte estimó que tales determinaciones debían producirse dentro de un procedimiento individualizado y no masivo, y a través de una notificación previa y personal que permitiera a las personas comparecer y oponerse a dicho procedimiento⁷².

La CCE también anota que, sin dejar desfundamentada la notificación previo al inicio de la revocatoria de la nacionalidad como parte del debido proceso, solo después que la entidad haya agotado todos los medios para localizar a una persona, puede hacer uso de la notificación por la prensa; es decir, la notificación por la prensa debe ser utilizada como medida *ultima ratio*. Entre aquellos esfuerzos por ubicar a la persona afectada por la revocatoria se hace mención a las tareas de coordinación y cooperación que debe existir entre las instituciones públicas que podrían aportar con información, como es el caso de Servicio de Rentas Internas, Consejo

Nacional Electoral, Registro Civil, Corporación de Telecomunicaciones, entre otras⁷³. Sobre estas cuestiones, la Corte concluyó específicamente que:

[L]a falta de notificación del inicio del procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad que, en el caso que nos ocupa, tuvo incluso efectos de revocatoria de nacionalidad por naturalización, así como de la Resolución No. 00598, es violatoria del artículo 76 de la Constitución de la República y colocó al accionante en un estado de indefensión que tornó impracticable el ejercicio de las garantías del debido proceso que tienen como presupuesto la debida notificación⁷⁴.

La CCE consideró que el Estado ecuatoriano, a más de observar el debido proceso en los procedimientos administrativos de revocatoria de nacionalidad obtenida por naturalización, debía tomar en consideración los efectos que pudieran generar su privación, como en el caso presente que podría desembocar en una apatridia; puesto que, conforme al art. 32 de la Constitución de Cuba, que se encontraba vigente en ese momento, no se admitía la doble nacionalidad. La decisión de iniciar el proceso de revocatoria –atribución que no se pone en duda– demandaba del Estado ecuatoriano tener precaución en sus consecuencias, como: a) que no se pueda acceder a nacionalidad alguna; o, b) quedar en situación migratoria irregular⁷⁵.

⁷² *Ibíd.*: párr. 58 y 59.

⁷³ *Ibíd.*: párr. 63 y 64.

⁷⁴ *Ibíd.*: párr. 67.

⁷⁵ *Ibíd.*: párr. 77 y 82.

En el primer caso, el Estado ecuatoriano a través del MREMH debía verificar que la decisión administrativa no pudiera generar una apatridia de facto o de jure; y que de producirse, reconocer a la persona eventualmente afectada la debida protección internacional necesaria de conformidad con los instrumentos internacionales. Encuanto a la situación migratoria irregular, y en el evento futuro de producirse, es obligación del Estado brindar a la personas posibles alternativas migratorias para regularizar su estadía en el país, dentro de un plazo razonable para el efecto; esto en razón de su situación de vulnerabilidad, que demanda, conforme a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ser tratados con un enfoque diferenciado y a través de medidas de protección especial⁷⁶.

Finalmente, es necesario indicar que la Corte, en el párr. 88 de la sentencia 335-13-JP/20, se refiere a que las prácticas estatales arbitrarias de privación de la nacionalidad lesionan abiertamente un aspecto que falta por desarrollar como contenido de pleno reconocimiento constitucional, como es el caso de la ciudadanía universal; y más concretamente, a propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña, conforme

a lo expresamente determinado por los arts. 416.4 y 423.5 de la Constitución actualmente vigente.

5.- Tutela judicial efectiva en materia de movilidad humana: la acción de protección como recurso idóneo, adecuado y eficaz:

En las secciones anteriores se han examinado los estándares y parámetros de protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad, incluyendo particularmente a las solicitantes de asilo. Sin embargo, la efectiva garantía de tales derechos requiere de la posibilidad cierta de acceder a un mecanismo adecuado y eficaz para hacerlos valer ante cualquier ostensible vulneración. En tal virtud, la tutela judicial efectiva se erige también como uno de los derechos esenciales de las personas en situación de movilidad humana.

Al respecto, conviene en primer lugar puntualizar que el art. 11.3 CRE prescribe que, *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”*; y además que,

⁷⁶ *Ibid.*: párr. 84-86.

“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

En concordancia con estas disposiciones, el art. 75 del mismo cuerpo constitucional determina que, *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.* Se deduce por tanto que existe una regla general constitucional de justiciabilidad plena de los derechos humanos. En este sentido, resulta pertinente lo señalado por Monroy Cabra respecto a la relación entre derechos fundamentales y jurisdicción, específicamente al sostener lo siguiente:

Todos los derechos e intereses legítimos quedan bajo la tutela de la jurisdicción, protección de la que gozan los derechos fundamentales. Hay que advertir que todos los derechos fundamentales son subjetivos en la medida en que la Constitución impone una garantía jurisdiccional⁷⁷.

A nivel conceptual, la Prof. Vanesa Aguirre explica que definir el término *tutela judicial efectiva* conlleva

algunas dificultades, en virtud de su doble caracterización, tanto desde la óptica estrictamente procesal, como en su concepción de derecho fundamental con su propia jerarquía y no como un mero componente del debido proceso⁷⁸. Con estas premisas, la citada autora conceptúa al derecho a la tutela judicial efectiva, *“como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda-, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión”*⁷⁹; agregando que se trata, pues, de un derecho de *“carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material”*⁸⁰.

De estas consideraciones se desprende la estrecha vinculación y hasta asimilación entre el denominado derecho a la jurisdicción o derecho de acción y la tutela judicial efectiva. En este sentido, resulta pertinente

⁷⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra. “Introducción al derecho”. 13ra. edición. Bogotá: Temis (2003): 326.

⁷⁸ Vanesa Aguirre Guzmán. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación para su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. *Foro. Revista de Derecho* No. 14. UASB-Ecuador/CEN: Quito (2010): 6.

⁷⁹ *Ibid.*: 8.

⁸⁰ *Ibidem*.

citar las explicaciones del Prof. Devis Echandía:

El Estado no sólo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales⁸¹.

En el contexto ecuatoriano, la CCE ha conceptualizado en su jurisprudencia el derecho a la tutela judicial efectiva en reiteradas ocasiones, determinando una gran amplitud en sus alcances y efectos concretos. Es así que la Corte lo ha definido en general de esta manera:

La tutela judicial efectiva básicamente representa el derecho de toda persona para acceder a los tribunales y obtener de aquellos la tutela adecuada de sus derechos subjetivos o intereses legítimos mediante una resolución que priorice las normas y principios constitucionales, es decir, simboliza el derecho que tienen todas las personas para acceder al sistema judicial y a obtener de los tribunales, resoluciones motivadas que eviten su indefensión, de tal manera que toda persona que pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos debe ser atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Así, la tutela judicial efectiva representa tres facultades principales, a saber: el acceso al proceso o a la jurisdicción, el derecho a la defensa contradictoria y fundamentalmente a obtener una sentencia dotada de efectividad⁸².

Por consiguiente, el pleno ejercicio de este derecho implica efectivizar no solamente el acceso a la justicia, sino también la insoslayable aplicación de todas las garantías del debido proceso, a fin de obtener una resolución debidamente motivada.

La CCE además ha enfatizado que, “*el derecho a la tutela judicial efectiva no comporta exclusivamente la facultad de las y los ciudadanos a acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que también involucra el deber de las autoridades jurisdiccionales de adecuar sus actuaciones a la naturaleza del caso puesto en su conocimiento en atención a lo establecido por el ordenamiento jurídico*”⁸³. Consecuentemente, el derecho a tutela judicial efectiva requiere de los órganos jurisdiccionales una actuación minuciosa y proactiva, encaminada no solamente a permitir que las personas ejerciten una acción judicial, sino a que la misma sea atendida oportuna e integralmente.

De igual manera, la tutela judicial efectiva conlleva la obligación estatal de proveer un recurso sencillo, idóneo, efectivo y rápido para garantizar los derechos, en virtud de lo dispuesto por el art. 25.1 CADH. En este sentido, la Corte IDH ha remarcado que dicha norma “*contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales*”⁸⁴;

⁸¹ Hernando Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. 3ra Ed. Editorial Universidad: Bs. As. (2004): 174.

⁸² CCE. *Sentencia 090-15-SEP-CC*, 25 de marzo de 2015: 15.

⁸³ CCE. *Sentencia 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017: 16.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209: párr. 291.

agregando que, “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto. La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”⁸⁵. De allí que la obligación emanada del art. 25.1 de la CADH requiere no solamente la consagración normativa de un determinado recurso, sino también su debida idoneidad, efectividad y eficacia práctica.

Dentro de este marco jurídico, la acción de protección constituye el mecanismo preferente e idóneo para la protección de los derechos humanos, en particular los de las personas en situación de movilidad humana. Es así que el art. 88 CRE dispone que dicha acción “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”. En este sentido, en la sentencia 335-13-JP/20 la CCE determinó expresamente lo siguiente:

En consecuencia, en los casos relativos a personas en situación de movilidad humana en los que exista vulneración de derechos, la acción de protección puede constituir la vía idónea para tutelar los derechos constitucionales de las personas migrantes, refugiadas, solicitantes de asilo, apátridas, víctimas de trata o tráfico de migrantes, en necesidad de protección internacional, entre otras. Por el contrario, si en su análisis de casos de movilidad humana los

jueces no determinan la existencia de vulneraciones a los derechos constitucionales, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, les corresponde determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto⁸⁶.

De manera concordante, en la sentencia 897-11-JP/20 la Corte también ha concebido a la acción de protección como la vía eficaz y adecuada para la salvaguarda de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana, con el siguiente tenor:

Visto que en el caso analizado se trata de una persona en situación de movilidad humana, que goza de atención prioritaria por su situación de vulnerabilidad y que se ha verificado que existen varios derechos constitucionales en juego, la vía adecuada y eficaz para proteger sus derechos al asilo, no devolución y al debido proceso es la acción de protección. La acción de protección es una vía eficaz ante decisiones que afectan a la condición migratoria y, en particular, el reconocimiento de la condición de refugiado, pues requieren una respuesta inmediata ante la posible irregularidad de la permanencia y el riesgo de deportación o expulsión del territorio. Esto como se ha señalado puede poner en riesgo la vida, seguridad e integridad de las personas⁸⁷.

Estos parámetros fijados por la CCE constituyen un hito en la protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana, amén de su decisión de declarar, en los casos concretos resueltos, la vulneración a los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso por no haberse dotado de eficacia a la acción de protección. En consecuencia, se ratifica la obligación de las juezas y jueces de instancia de efectuar en

⁸⁵ *Ibid.*: párr. 296.

⁸⁶ CCE. Sentencia 335-13-JP/20, 12 de agosto de 2020: párr. 141.

⁸⁷ CCE. Sentencia 897-11-JP/20, 12 de agosto de 2020: párr. 85-86.

cada caso sometido a su conocimiento, un estudio pormenorizado de las alegaciones sobre vulneraciones a derechos formuladas por las partes procesales, sin que quepa aludir a la mera existencia de

otros mecanismos judiciales sin especificarlos explícitamente, y discernir su aplicabilidad excluyente frente a los hechos presentados a su consideración.

Conclusión:

La denodada labor jurisdiccional de la Corte en la protección de los derechos humanos, particularmente de las personas en situación de movilidad humana, ha sido notablemente reconocida a nivel internacional al haber sido galardonada con el primer lugar de los *Premios Sentencias 2020 – Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional*, por sus sentencias 897-11-JP/20 y 335-13-JP/20, de 12 de agosto de 2020. En dichos fallos, la CCE ha desarrollado y sentado parámetros jurisprudenciales claros y precisos en torno a la garantía de los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo, particularmente en lo que concierne al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Las sentencias en referencia abordan de manera minuciosa una serie de aspectos esenciales relacionados con los derechos de las personas en situación de movilidad

humana. Se destacan así los estándares constitucionales fijados en torno al derecho a solicitar asilo, el principio de no devolución, el oportuno acceso a intérprete y la debida notificación en el marco de procedimientos administrativos migratorios, y la acción de protección como mecanismo idóneo para instrumentalizar el derecho a la tutela judicial efectiva. En definitiva, se trata de sentencias que afianzan la línea de trabajo independiente y señera de la Corte Constitucional, que contribuyen significativamente a consolidar el Estado constitucional de derechos y justicia, ratificando su compromiso con el efectiva amparo de los derechos humanos.

La protección de los derechos constitucionales como elemento determinante de la tutela judicial efectiva y la garantía de motivación en las acciones de hábeas corpus

Por: *Byron Villagómez Moncayo,*
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas

1.- Introducción:

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la Sentencia 1748-15-EP/20, de 7 de octubre de 2020, por medio de la cual resolvió una acción extraordinaria de protección (en adelante, EP) relacionada con una acción de hábeas corpus rechazada en segunda instancia por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, la Sala). En su decisión, la Corte declaró la existencia de una vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación, tras verificar que en el fallo impugnado no se realizó un examen específico de los derechos alegados como vulnerados por la parte accionante¹. En consecuencia, la CCE aceptó la EP y, como medida de reparación integral, dispuso que

el Consejo de la Judicatura publique la sentencia constitucional en su sitio web y que esta se difunda por todos los medios disponibles para las y los operadores de justicia del país².

La Corte argumentó que en este caso se cometió una vulneración a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación, debido a que las autoridades judiciales rechazaron la acción de hábeas corpus en doble instancia, omitiendo efectuar un análisis de los derechos alegados por la parte accionante. Cabe señalar que, tras efectuar una revisión integral de la demanda de EP presentada, la CCE determinó que la misma carecía de una argumentación clara, pues no se identificó una base fáctica ni una justificación jurídica que sustentaran la acción u omisión vulneradora incurrida por la autoridad judicial³. Sin

¹ CCE. Sentencia 1748-15-EP/20, 7 de octubre de 2020: párr. 34-35.

² *Ibid.*: p. 14.

³ *Ibid.*: párr. 23.

embargo, siguiendo el criterio fijado en la sentencia 1967-14-EP/20, la Corte realizó un *esfuerzo razonable* para determinar si existió una vulneración de los derechos alegados⁴.

En el presente artículo se analizará la sentencia 1748-15-EP/20, decisión que determinó una vulneración de derechos constitucionales al confirmar una falta de motivación en el fallo impugnado. Para el efecto, primero se resumirá el estudio constitucional desarrollado en la sentencia. Seguidamente, se hará un breve repaso normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre la acción de hábeas corpus. A continuación, se examinarán las vulneraciones a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación. Finalmente, se presentarán conclusiones generales del análisis propuesto.

2.- Síntesis general de la sentencia:

En esta sección se resumirán los principales razonamientos esgrimidos por la CCE en su sentencia 1748-15-EP/20. En este sentido, se explicará el propósito de la EP como garantía constitucional. Luego, se expondrán las vulneraciones de derechos

observadas, tanto al debido proceso en la garantía de la motivación jurídica, como a la tutela judicial efectiva. Finalmente, se expondrá la decisión de la Corte y las respectivas medidas de reparación.

En la sentencia materia de análisis del presente artículo, la CCE puntualizó que la EP es una acción que impulsa un nuevo proceso para satisfacer pretensiones autónomas a las contenidas en el proceso original⁵. En correspondencia, en un fallo previo la Corte sostuvo que:

[A] la Corte Constitucional no le corresponde analizar mediante una acción extraordinaria de protección la aplicación de la ley o pronunciarse sobre lo correcto o incorrecto de la decisión impugnada, sino sobre la vulneración a derechos constitucionales por parte de la autoridad judicial⁶.

De esta forma, se enfatiza en la idea de que la AEP es una garantía jurisdiccional que busca proteger los derechos fundamentales, contra las vulneraciones ocasionadas por medio de actos jurisdiccionales definitivos o inmutables.

Posterior a esta aclaración, se analizó la posible vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación, recogida en el art. 76.I de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante,

⁴ *Ibid.*: párr. 24.

⁵ *Ibid.*: párr. 20.

⁶ CCE. Sentencia 489-12-EP/20, 27 de mayo de 2020: párr. 36.

CRE)⁷. Asimismo, se destacó que en jurisprudencia previa la CCE estableció que al momento de resolver garantías jurisdiccionales las juezas y jueces deben:

i) enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y, iii) realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto⁸.

Bajo estos estándares, la Corte examinó el cumplimiento del derecho a la garantía de la motivación jurídica en la resolución de garantías jurisdiccionales⁹. De la revisión de la sentencia impugnada, la CCE evidenció que la Sala observó las dos primeras obligaciones contenidas en la sentencia 1285-13-EP/19. Sin embargo, la Corte encontró que en el fallo impugnado se omitió la tercera obligación emanada de la garantía de motivación, por no haberse efectuado un análisis ante las posibles vulneraciones de derechos alegadas.

La Sala había justificado la decisión de limitar su pronunciamiento en que la pena impuesta al accionante

ya había sido cumplida, por lo que éste ya no estaba limitado en sus derechos¹⁰. En razón de este actuar, la Corte señaló que *“la situación no limitaba el deber de tutelar los derechos del accionante por parte de la administración de la justicia mediante una decisión motivada”*¹¹ (énfasis añadido). En consecuencia, se declaró la vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación.

En referencia a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en el art. 75 CRE, la Corte también siguió los preceptos constitucionales fijados en su jurisprudencia¹². Fue así que hizo mención a tres momentos en los que se tutela el derecho en mención: a) a través del acceso a la justicia, b) durante el desarrollo del proceso, y c) durante la ejecución de la sentencia¹³. Identificados los elementos para su análisis, la CCE verificó que no existió una vulneración por parte de la Sala al primer momento de tutela.

A pesar de ello, la Corte evidenció que durante el segundo momento de tutela la Sala tomó una decisión de

⁷ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁸ CCE. *Sentencia 1285-13-EP/19*, 4 de septiembre de 2019: párr. 28.

⁹ CCE. *Sentencia 1748-15-EP/20*, 7 de octubre de 2020: párr. 26.

¹⁰ *Ibíd.*: párr. 33.

¹¹ *Ibíd.*: párr. 34.

¹² Ver *sentencias: 1943-12-EP/19, 382-15-EP/20 y 621-12-EP/20*.

¹³ CCE. *Sentencia 1748-15-EP/20*, 7 de octubre de 2020: párr. 37.

fondo en la acción de hábeas corpus que no fue correctamente motivada. Al respecto, la CCE citó jurisprudencia constitucional relacionada, en la cual se enfatiza que a través de la acción de hábeas corpus *“la persona privada de la libertad, precisamente, cuestiona la legalidad o constitucionalidad de tal privación”*¹⁴. Por consiguiente, se determinó que la omisión de la tutela de los derechos objeto de la garantía de hábeas corpus generó una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

Como resultado de estos razonamientos, la CCE aceptó la AEP y declaró las referidas vulneraciones a derechos constitucionales. En virtud del transcurso de tiempo dentro de la acción de hábeas corpus, la Corte encontró inoficioso aplicar la consecuencia directa de la falta de motivación, es decir, dejar sin efecto la resolución impugnada y disponer la emisión de una nueva sentencia¹⁶. Por este motivo, se determinó que la sentencia constitucional constituya, por sí misma, una forma de reparación integral. Adicionalmente, se ordenó la publicación del fallo por medio del

sitio web del Consejo de la Judicatura, así como su difusión en los medios adecuados y disponibles para las juezas y jueces del país durante tres meses¹⁷.

3.- Reflexiones conceptuales sobre el hábeas corpus:

El art. 89 CRE concibe al hábeas corpus como una garantía jurisdiccional, bajo la premisa del marco clasificatorio que ha estructurado las garantías constitucionales en normativas, institucionales y jurisdiccionales. En este sentido, Storini se refiere a estas últimas como mecanismos de carácter reactivo, puesto que *“se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este último considere que se haya producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener su restablecimiento o preservación”*¹⁸. De esta forma, el hábeas corpus provee a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a vulneraciones a determinados derechos, a través de la intervención de los órganos judiciales competentes.

¹⁴ CCE. *Sentencia 8-12-JH/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 24.

¹⁵ CCE. *Sentencia 1748-15-EP/20*, 7 de octubre de 2020: párr. 39.

¹⁶ *Ibid.*: párr. 43.

¹⁷ *Ibid.*: p. 14.

¹⁸ Claudia Storini. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (eds.). *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, Derechos e Instituciones*. Corporación Editora Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar. Serie Estudios Jurídicos, vol. 30 (2009): 289.

El hábeas corpus es una de las garantías fundamentales más históricas y difundidas globalmente. Como explica García Belaunde¹⁹, se puede trazar su origen en Inglaterra, a mediados del siglo XIII, con un muy rápido desarrollo posterior. En lo que concierne al contexto latinoamericano, el reconocido jurista peruano señala lo siguiente:

El paso de esta institución a los nuevos países latinoamericanos se dio en el siglo XIX, y era quizá inevitable, y en tal sentido fue importante la influencia inglesa, primero, y la estadounidense después. Pero lo cierto es que la incorporación del *Hábeas Corpus* a la legislación de las jóvenes naciones latinoamericanas no fue mecánica ni tampoco constituyó una copia servil, sino que por el contrario, la adoptaron y la refundieron con su problemática y la hicieron encajar dentro de sus instituciones que estaban basadas en esquemas de inspiración romanista²⁰.

El hábeas corpus se concibe entonces como una garantía esencialmente liberal, orientada a contener y remediar los abusos de poder. Pérez Luño señala que esta institución *“surge como réplica frente a los fenómenos abusivos de privación de la libertad física de la persona, que habían conturbado la Antigüedad y el Medievo proyectándose, a través del absolutismo, hasta las diversas*

*manifestaciones del totalitarismo de nuestros días”*²¹. En igual sentido, el Prof. Julio César Trujillo explica que, *“para proteger el bien supremo de la libertad e impedir que el Estado abuse del poder que se le reconoce para privar de la libertad, en aras de la paz social, se ha desarrollado, desde muy antiguo, el hábeas corpus”*²².

En el contexto ecuatoriano, el Prof. Hernán Salgado manifiesta que *“el hábeas corpus se elevó a rango constitucional en la Carta Política de 1929”*²³, agregando que, *“se instauró en nuestra tradición que... sea tramitado ante el máximo personero municipal: el alcalde”*²⁴. Esta tradición, empero, fue revertida con la Constitución del año 2008, en la cual se estableció que la autoridad competente para conocer y resolver el hábeas corpus sea de carácter jurisdiccional y ya no la o el máximo personero municipal. Es así que el segundo inciso del art. 89 CRE²⁵ determina que la acción se presenta ante una jueza o juez.

¹⁹ Domingo García Belaunde. “El Habeas Corpus latinoamericano”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXV (104) (2002): 376.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Antonio-Enrique Pérez Luño. “Del hábeas corpus al hábeas data”. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, No. 1 (1992): 156.

²² Julio César Trujillo. “Teoría del Estado en el Ecuador. Estudios de Derecho Constitucional”. Universidad Andina Simón Bolívar, Estudios Jurídicos 8, 2da edición, Quito (2006): 270.

²³ Hernán Salgado Pesantes. “Lecciones de Derecho Constitucional”. Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, 3ra edición, Quito (2004): 188.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Esta modificación sustancial introducida en el texto constitucional vigente tuvo como antecedente jurisprudencia previa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la cual se responsabilizó al Estado ecuatoriano por vulnerar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). En este sentido, por ejemplo, en el caso Chaparro-Lapo la Corte IDH constató y aseveró lo siguiente:

El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del 'arresto o detención' tiene que ser 'un juez o tribunal'. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. El alcalde, aun cuando pueda ser competente por ley, no constituye una autoridad judicial. Conforme a la propia Constitución ecuatoriana, el alcalde es una autoridad del 'régimen seccional', en otras palabras, hace parte de la Administración²⁶.

Por consiguiente, resultaba incompatible con la CADH²⁷ que fuera la o el alcalde ante quien se tuviera que presentar la acción de hábeas corpus. Como queda dicho, a partir de la Constitución de 2008 esta discordancia fue subsanada. Otra innovación normativa generada por el cuerpo constitucional vigente es el reconocimiento expreso de que el hábeas corpus garantiza no solamente

el derecho a la libertad personal, sino también la vida y la integridad de las personas privadas de libertad. Esta formulación también tuvo como antecedente el pronunciamiento de la Corte IDH, que en su Opinión Consultiva 8/87 manifestó lo siguiente:

El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido **es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona**, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁸ (énfasis añadido).

Esta concepción amplia y abarcadora del hábeas corpus ha sido ya expresada claramente por la CCE, que específicamente ha determinado lo siguiente:

En definitiva, el hábeas corpus se constituye en una garantía idónea para precautelar la libertad, la vida y la integridad de una persona. A través de esta acción, la persona privada de la libertad, precisamente, cuestiona la legalidad o constitucionalidad de tal privación, materializada a través de sus distintas formas, a saber: arresto, detención, desaparición forzada, prisión u otras equivalentes. En consecuencia, constitucionalmente se consagra la garantía jurisdiccional del hábeas corpus, la misma que responde a una consolidación jurídica de protección y tutela ante las detenciones arbitrarias, ilegales e ilegítimas, como un mecanismo para la defensa de los derechos constitucionales a la integridad, libertad y vida de las personas.²⁹

Similar criterio se puede encontrar en la jurisprudencia

²⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 170: párr. 128.

²⁷ CADH. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984: Art. 7.6: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A No. 8: párr. 35.

²⁹ CCE. *Sentencia 8-12-JH/20*, 12 de agosto de 2020: párr. 24 y 25.

comparada. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto expresamente lo siguiente:

En efecto, si bien el derecho a la libertad personal ocupa un lugar importante en la normativa nacional e internacional, y es por ello que el hábeas corpus se orienta en principio a su garantía, es evidente que con frecuencia la privación de la libertad se convierte en un medio para atentar contra otros derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, el cometido esencial del hábeas corpus no se puede entender restringido solo a la protección del derecho a la libertad sino que ha de dársele una proyección mucho más amplia en cuanto verdaderamente abarca la garantía de todo el conjunto de derechos fundamentales de la persona que se encuentra privada de su libertad de manera arbitraria o ilegal, y que por esta circunstancia se encuentran en latente y permanente amenaza. En tal medida, el radio de protección del hábeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal³⁰.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Perú se ha manifestado sobre la expansión del ámbito de aplicación del hábeas corpus para incorporar la protección de derechos como la integridad personal y la vida, recogiendo una clasificación que incluye ocho tipos, a saber: reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo, y conexo³¹. Igualmente se puede citar el caso de Chile, en el que como resume y explica Henríquez Viñas, se han presentado hábeas corpus con resultado favorable para proteger, entre otros, los derechos de extranjeros afectados

en su facultad de residir y transitar por el territorio nacional o entrar y salir del mismo; así como derechos conexos con la libertad personal y la seguridad individual de personas privadas de libertad (integridad física y psíquica)³².

Volviendo a la jurisprudencia de la Corte ecuatoriana, cabe destacar también el fallo 159-11-JH/19, de 26 de noviembre de 2019, en el cual se examinó la privación de libertad de una persona extranjera sometida a un procedimiento de deportación. En este sentido, la CCE viabilizó el efecto garantizador del hábeas corpus hacia la libertad de las personas en movilidad, argumentado que la misma era el mecanismo adecuado y eficaz para reparar sus derechos:

Adecuado porque la garantía fue diseñada con el objetivo de conocer y reparar violaciones a la libertad de movimiento y a la integridad durante la privación de libertad. Eficaz porque si logra cumplir con los objetivos constitucionales, que es recuperar la libertad o corregir las situaciones de privación de libertad, se garantiza la libertad y la integridad³³.

En suma, como señaló ya hace tiempo el reconocido jurista Néstor Pedro Sagüés:

[E]n su origen histórico [el hábeas corpus] surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por lo demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto... ha hecho proyectarse

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-187/06*, 15 de marzo de 2006: párr. 5.

³¹ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 2663-2003-HC/TC, 23 de marzo de 2004: 4-8. Ver también: Expediente No. 2333-2004-HC/TC, 12 de agosto de 2004.

³² Miriam Lorena Henríquez Viñas. "¿Hacia una ampliación del hábeas corpus por la Corte Suprema?", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2): 421-437.

³³ CCE. *Sentencia 159-11-JH/19*, 26 de noviembre de 2019: párr. 44.

hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él... algunas figuras del hábeas corpus... abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también- aunque de índole distinta³⁴.

Todas estas reflexiones conceptuales y jurisprudenciales tienen particular relevancia respecto a lo señalado y resuelto en la sentencia 1748-15-EP/20, materia del presente artículo. Concretamente, en dicho fallo se enfatiza la necesidad de que, al momento de resolver un hábeas corpus, las autoridades jurisdiccionales competentes enfoquen su análisis en determinar la posible vulneración de los derechos protegidos por dicha garantía. Es así que la CCE constató que la Sala omitió su deber de garante por no haber profundizado y analizado, en su decisión, la violación de los derechos alegados dentro de la acción de hábeas corpus³⁵. Consecuentemente, la Corte ha remarcado el estándar que exige la debida consideración por parte de las juezas y jueces competentes de los derechos protegidos por la garantía en cuestión, aspectos que se examinan con mayor detenimiento en la siguiente sección.

4.- Análisis sobre vulneración a la garantía de motivación y tutela judicial efectiva:

En la sentencia 1748-15-EP/20, la Corte analizó el cumplimiento de la garantía de motivación, empleando estándares previamente fijados; así, para el caso concreto de las garantías jurisdiccionales –siendo el hábeas corpus una de ellas–, se cita la sentencia 1285-13-EP/19. En dicho fallo se desarrollan tres requisitos a fin de verificar el cumplimiento de la garantía constitucional de motivación prevista en el art. 76.7.I CRE³⁶, a saber:

- a) Enunciación de normas o principios jurídicos en que se funda la decisión;
- b) Explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y,
- c) Análisis de verificación de vulneraciones o no a derechos constitucionales.

Respecto al primer condicionante y con base en los recaudos procesales, la CCE verificó que la Sala de instancia enunció normas, como la que preceptúa a nivel constitucional la

³⁴ Néstor Pedro Sagüés. *Derecho Procesal Constitucional: Hábeas Corpus*. Astrea. Buenos Aires (1988): 143.

³⁵ CCE. *Sentencia 1748-15-EP/20*, 7 de octubre de 2020: párr. 34 y 39.

³⁶ CCE. *Sentencia 1285-13-EP/19*, 4 de septiembre de 2019: párr. 28: “Sobre la motivación en garantías constitucionales, la Constitución en el artículo 76 (7) (1) y la jurisprudencia de la Corte establece que los jueces tienen las siguientes obligaciones: i) enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y, iii) realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto”.

acción de habeas corpus (art. 89 de la CRE). La Corte también consideró en este punto las referencias que válidamente se hicieron a la doctrina y a instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como a una sentencia de la propia Corte Nacional³⁷. En este punto, la CCE estimó cumplido el primer requisito.

En el segundo requisito de análisis, la Corte examinó el argumento recogido en la sentencia impugnada relacionado con las supuestas prácticas dilatorias empleadas por el procesado durante la tramitación del hábeas corpus. Es así que a criterio de la Sala, ese comportamiento procesal impedía declarar la caducidad de la prisión preventiva, lo que a su vez sustentaba la improcedencia del hábeas corpus. Al respecto, la CCE consideró si para el caso los 34 días de retardo imputables al mismo accionante podían tomarse en cuenta a efectos del cómputo del plazo máximo de la prisión preventiva, y en consecuencia como motivo suficiente para declarar la procedencia o no de la acción de hábeas corpus. Se debe recordar que la CRE, al texto en el art. 76.9, primera parte del segundo inciso, prescribe lo siguiente:

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad³⁸.

Es necesario mencionar que en la sentencia 002-18-PJO-CC, la CCE, en cuanto al momento de presentación de la acción de habeas corpus, ha sostenido que:

Ahora bien la acción de habeas corpus puede ser interpuesta en varios momentos y escenarios como es **desde la detención de una persona, durante el proceso penal o una vez que se encuentra cumpliendo su condena**. Así mismo, se puede solicitar cuando se desconoce el paradero de una persona³⁹ (énfasis añadido).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte observó que si bien es cierto que en el presente caso la acción de hábeas corpus se presentó mientras se cumplía prisión preventiva (durante el proceso penal), esta se resolvió luego de haberse cumplido la condena, por lo que el momento efectivo de la presentación debió ser motivo de análisis por parte de la Sala de instancia. A *contrario sensu*, el principal hecho que tomó en consideración la Sala fue que al momento de resolver la acción de hábeas corpus, el sentenciado (en ese momento) ya se encontraba en libertad, lo que llevó a que no se pronunciara sobre el fondo de la petición⁴⁰.

³⁷ CCE. Sentencia 1748-15-EP/20, 7 de octubre de 2020: párr. 27-31.

³⁸ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

³⁹ CCE. Sentencia 002-18-PJO-CC, 20 de junio de 2018: párr. 22.

⁴⁰ La acción de habeas corpus fue incoada dentro de un proceso penal, por lo que de conformidad con la regla constitucional prevista en el

En lo concerniente al tercer punto del estándar de escrutinio de la garantía de motivación, esto es verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, la Corte tomó en cuenta los aspectos que se acaban de señalar y estimó que la Sala de instancia desatendió su obligación de motivación por no haber examinado la decisión de privación de libertad. Es así que la CCE constató que para desechar en segunda instancia la acción de hábeas corpus, la Sala se había limitado a aseverar que el accionante disponía de las vías jurisdiccionales expeditas, sin indicar en su resolución cuáles eran esos recursos legales para su tutela.

En conclusión y luego de aplicar el estándar de la garantía de motivación, la Corte encontró una vulneración al derecho al debido proceso del accionante. Específicamente, en la sentencia en cuestión, la CCE concluyó expresamente lo siguiente:

[L]a Sala de la Corte Nacional debió analizar y examinar el derecho alegado como vulnerado y contrastarlo con los hechos, sin embargo, se limitó a identificar que el accionante había cumplido la pena impuesta en el proceso ordinario y que existen vías para impugnar presuntos vicios procesales⁴¹.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, la Corte analizó la sentencia

impugnada a través de tres elementos o momentos presentes en la línea jurisprudencial adoptada, a saber: a) acceso a la justicia sin trabas ni condicionamientos que no se encuentren previstos en la ley ni restrinjan derechos constitucionales; b) desarrollo del proceso de forma efectiva, imparcial y expedita, asegurando el ejercicio del derecho a la defensa y que como producto de éste se obtenga una decisión que resuelva sobre el fondo del asunto de forma motivada; y, c) ejecución de la sentencia que deberá ser cumplida por parte de los destinatarios de la misma.

En cuanto al primer momento, la CCE observó que en la tramitación del proceso de hábeas corpus se adelantaron las actuaciones procesales sin restricciones, esto es presentación de la demanda, audiencia, resolución y utilización de recursos horizontales y verticales. En cuanto al segundo momento, la Corte razonó sobre la conexión con el derecho constitucional a obtener una decisión motivada, lo que como acaba de señalarse no fue debidamente observado por la Sala de instancia. En

inciso final del art. 89 CRE, se la presentó ante la respectiva Corte Provincial de Justicia. En estos casos la apelación, por mandato del art. 169.1 LOGJCC y la Resolución de 19 de marzo de 2009 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia (publicada en el Registro Oficial 565 de 7 de abril de 2009), le corresponde su conocimiento y resolución a una de las salas especializadas de dicha Corte. En caso de presentarse una acción de hábeas corpus luego de concluido el proceso penal, la Corte Constitucional, en la sentencia 002-18-PJO-CC (párr. 25) ha indicado: *"Por otro lado, se evidencia que ante la presentación del hábeas corpus, cuando la orden de privación de libertad no hubiere sido dictada en un proceso penal, o a su vez, cuando el mismo hubiese terminado, se entenderá que es competente para el conocimiento del referido hábeas corpus, cualquier jueza o juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante"* (énfasis añadido). En igual sentido, véase la Sentencia 017-18-SEP-CC: p. 83.

⁴¹ CCE. Sentencia 1748-15-EP/20, 7 de octubre de 2020: párr. 35.

tal virtud, la Corte concluyó en este punto que en la decisión impugnada no se examinaron las violaciones de derechos alegadas dentro de la acción de hábeas corpus, cometiéndose con ello una vulneración al art. 75 CRE.

Sobre la relación entre el debido proceso en general (incluida la motivación) y la tutela judicial efectiva, la CCE previamente en la sentencia 118-14-SEP-CC, ha señalado lo siguiente:

Este órgano ha sido claro en señalar la amplitud del derecho a la tutela judicial efectiva, como también la dicha **vinculación directa que existe entre dicho derecho y el cumplimiento de las normas procesales y garantías mínimas que los juzgadores deben observar en la sustanciación de las causas** (...) La jurisprudencia de la Corte ha indicado en algunas ocasiones **la relación existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho al debido proceso**, así como la procedencia de la acción extraordinaria de protección frente a su vulneración⁴² (énfasis añadidos).

En otros aspectos relacionados con la tutela judicial efectiva, la Corte también ha desarrollado en su jurisprudencia (sentencia 042-12-SEP-CC) los siguientes criterios:

El derecho a acceder a una tutela judicial efectiva y expedita ha sido adoptado procesalmente como una de las garantías fundamentales con las que cuentan los sujetos de derecho. La Corte ha definido la garantía de la tutela judicial como una facultad conocida procesalmente como **derecho de petición**, lo cual implica una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y de jueces y juezas, quienes investidos de potestad jurisdiccional deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la justicia, principio que se encuentra garantizado en la Constitución vigente en el artículo 75⁴³ (énfasis añadido).

Asimismo, la actual CCE, en la sentencia 1943-12-EP/19, elaboró nuevamente sobre estas cuestiones de manera específica, en los siguientes términos:

La Corte Constitucional ha dicho que la tutela judicial efectiva se traduce procesalmente como el **derecho de petición**, que impone obligaciones al Estado para su desarrollo, y la definió como la garantía frente al Estado para tener los debidos causes procesales con el fin de obtener una decisión legítima, motivada y argumentada, sobre una petición amparada por la ley. Así, la Corte ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva viabiliza todos los demás derechos constitucionales, a través de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias, en condiciones de igualdad y equidad⁴⁴.

Resulta pertinente destacar que mientras en la Constitución de 1998 la tutela judicial efectiva estaba concebida como un elemento más del debido proceso, en la actualmente vigente está reconocida como un derecho constitucional con jerarquía propia. Esta formulación normativa ha permitido que su contenido siga irradiándose y permeando sobre el conjunto de los demás derechos, con las consabidas relaciones que sigue manteniendo estrechamente con las garantías esenciales del debido proceso. Su configuración y desarrollo, conforme al mandato constitucional contenido en el art. 11.8 CRE, descansa básicamente en el óptimo desarrollo jurisprudencial, especialmente en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

⁴² CCE. Sentencia 118-14-SEP-CC, 6 de agosto de 2014: 9.

⁴³ CCE. Sentencia 042-12-SEP-CC, 20 de marzo de 2012: 11.

⁴⁴ CCE. Sentencia 1943-12-EP/19, 25 de septiembre de 2019: párr. 44.

En resumidas cuentas, en la sentencia 1748-15-EP/20 la CCE encontró violaciones a los derechos a la tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de motivación, ocasionadas por la decisión de la Sala de la Corte Nacional, por no haber analizado las vulneraciones alegadas por la parte accionante; limitándose

únicamente a señalar que existían vías legales para impugnar vicios procesales, sin especificar cuáles eran; y, además, sin centrar su estudio en determinar la existencia o no de vulneraciones a derechos constitucionales, con el insuficiente argumento de la recuperación de la libertad de la persona accionante.

Conclusión:

En la sentencia 1748-15-EP/20, la Corte ha tenido nuevamente la oportunidad de resaltar el valor fundamental del hábeas corpus como garantía jurisdiccional adecuada y eficaz para garantizar, primordial pero no exclusivamente, los derechos a la vida y libertad e integridad personal. En este sentido, la CCE vinculó el contenido y alcance de dicha acción constitucional con la tutela judicial efectiva y el debido proceso, particularmente en lo concerniente a la garantía de motivación. Resulta especialmente destacable el énfasis puesto en la ineludible obligación de las autoridades judiciales de considerar expresamente las vulneraciones alegadas por las personas accionantes, a fin de dar pleno cumplimiento a las exigencias normativas y jurisprudenciales propias de la garantía de motivación.

El hábeas corpus constituye uno de los mecanismos de prevención, resguardo y reparación de derechos más consolidados dentro del constitucionalismo. Empero, su óptima efectividad práctica continúa siendo un aspecto a ser apuntalado, teniendo en cuenta que todavía se evidencian inconsistencias en las actuaciones de las juezas y jueces de instancia. Las innovaciones incorporadas por la Constitución del 2008 y a las que se ha hecho referencia en este artículo, han significado imponer nuevos retos a las personas que administran justicia en materia de garantías constitucionales. En este sentido, la sentencia 1748-15-EP/20 refuerza y amplifica la unívoca línea jurisprudencial que la Corte ha ido sentado sobre el hábeas corpus, afianzando el carácter eminentemente garantista que debetener la actividad jurisdiccional.

La “compra de renunciaciones obligatoria” en la sentencia 26-18-IN/20: Transgresión de la seguridad jurídica y el derecho al trabajo

*Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas.*

1.- Introducción:

El 28 de octubre de 2020, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) dictó la Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, mediante la cual resolvió varias demandas de acción pública de inconstitucionalidad en contra del Art. 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 (en adelante, el Decreto) publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011. En su decisión, la CCE aceptó parcialmente las acciones públicas de inconstitucionalidad propuestas; en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del carácter obligatorio de la compra de renunciaciones con indemnización de las servidoras y servidores públicos, y aclaró que los efectos de la misma tendrían validez solamente hacia el futuro¹.

En una sentencia anterior, emitida en el año 2013, la CCE admitió varias demandas de acción de inconstitucionalidad que impugnaron

el mismo artículo del Decreto por razones de forma y fondo. De ello resulta necesario mencionar que en aquella ocasión la Corte declaró que los argumentos esgrimidos no eran materia de relevancia constitucional, motivo por el cual se abstuvo de realizar un control constitucional integral de la disposición impugnada y, en tal virtud, rechazó las demandas². A pesar de esto, se presentaron a trámite nuevas demandas de inconstitucionalidad en contra de dicho artículo, que la Corte decidió admitir debido a que en ellas existían argumentos no formulados previamente, donde se imputaban cargos relacionados con una incompatibilidad del Decreto con normas constitucionales³.

Asimismo, el fallo materia del presente análisis respondió a cuatro argumentos presentados por la Presidencia de la República y la Procuraduría General del Estado, que

¹ CCE. *Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados*, 28 de octubre de 2020: párr. 39-40.

² Ver: CCE. *Sentencia 003-13-SIN-CC*, 4 de abril de 2013.

³ CCE. *Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados*, 28 de octubre de 2020: párr. 87-88.

pretendían que se desecharan las demandas por improcedentes⁴. Entre estos argumentos, destaca el rechazo a un examen de constitucionalidad por razones de forma. Frente a esta alegación, la Corte aclaró que en las demandas presentadas no constaban argumentos relacionados con la inconstitucionalidad por motivos de forma. Además, la CCE enfatizó en que su Sala de Admisión admitió a trámite las acciones únicamente por razones de fondo⁵, ya que lo contrario podía haber implicado una vulneración al Art. 78.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC).

El presente artículo analizará la sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, por medio de la cual se declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al trabajo, debido al carácter obligatorio de la compra de renuncias con indemnización para las servidoras y servidores públicos, establecida en el Art. 8 del Decreto Ejecutivo No. 813. Para el efecto, se presentará un breve resumen del examen constitucional desarrollado en la sentencia. Después, se analizarán las vulneraciones a los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al trabajo.

Finalmente, se presentarán conclusiones generales del análisis de la sentencia.

2.- Breve síntesis de la sentencia:

En esta sección se resumirán las principales ideas en torno a las que la CCE desarrolló su análisis constitucional respecto de la sentencia 26-18-IN/20. En este sentido, se explicará el carácter general y abstracto de la acción pública de inconstitucionalidad como garantía constitucional; seguidamente se expondrán las alegaciones de vulneraciones, tanto aceptadas como rechazadas; y finalmente se efectuará una síntesis de la resolución y efectos de la sentencia.

Previo al análisis de las alegaciones de vulneración de derechos expresadas en las demandas y resueltas en la sentencia 26-18-IN/20, la Corte expuso que el análisis constitucional se realizaría únicamente sobre los fundamentos abstractos que aludieran a una posible contradicción con la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE).

La CCE justificó su decisión con base en el Art. 74 de la

⁴ *Ibid.*: párr. 79.

⁵ *Ibid.*: párr. 91.

LOGJCC⁶, haciendo énfasis en que **“mediante la acción pública de inconstitucionalidad no procede que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de controversias concretas o resuelva sobre la aplicación de las normas jurídicas en situaciones específicas”**⁷ (énfasis añadido). En jurisprudencia previa, la Corte ya había puntualizado que en una acción pública de inconstitucionalidad:

[N]o se atiende la lesión individual que exhibe el legitimado activo, pues lo que se persigue es la satisfacción de un interés general, que los actos normativos guarden armonía con el ordenamiento constitucional, es decir lo que se persigue es preservar la supremacía constitucional, por ello los efectos y las características de una sentencia de inconstitucionalidad generan como efecto la validez, invalidez o condicionamiento de la disposición jurídica, según sea el caso, pero con efecto *erga omnes*⁸ (énfasis añadidos).

En tal virtud, en la sentencia en comento se aclaró que la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad es garantizar la supremacía constitucional frente a cualquier acto normativo, por medio de un análisis general y abstracto. Por este motivo, la Corte excluyó de su análisis las vulneraciones de derechos con referencia a controversias concretas⁹.

Tras realizar el examen de constitucionalidad correspondiente, la CCE verificó la vulneración de dos derechos. Por una parte, la Corte evidenció que el artículo impugnado del Decreto incorporó el carácter de obligatoriedad a la compra de renunciaciones con indemnización. Este cambio ocasionó que la norma perdiera claridad y coherencia, pues esta obligatoriedad era ajena a la ley¹⁰. Considerando que esta causal fue introducida por medio de un reglamento, la Corte confirmó que el entonces Presidente de la República inobservó el Art. 147.13 de la CRE. Por consiguiente, existió una vulneración al derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el Art. 82 de la CRE, por irrespetar tanto a la Constitución como a la norma jurídica previa¹¹.

Por otra parte, la Corte encontró que el Art. 8 del Decreto atentaba contra el principio de intangibilidad de los derechos laborales de las servidoras y servidores públicos, reconocido en los Arts. 229 y 326.2 de la CRE, ocasionando una vulneración al derecho al trabajo¹². La CCE dejó sentado que las

⁶ LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009: Art. 74: “Finalidad. - El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad 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”.

⁷ CCE. Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, 28 de octubre de 2020: párr. 96.

⁸ CCE. Sentencia No. 002-15-SIN-CC, 28 de enero de 2015: 22-23.

⁹ CCE. Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, 28 de octubre de 2020: párr. 176.

¹⁰ *Ibid.*: párr. 119.

¹¹ CCE. Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, 28 de octubre de 2020: párr. 123-124.

¹² *Ibid.*: párr. 149.

servidoras y servidores públicos “no pueden ser separados o finalizar sus funciones **sino por causas y motivos previamente establecidos en la ley y sin que estas limitaciones lesionen injustificadamente el contenido del derecho al trabajo**”¹³ (énfasis añadido). Se explicó que la compra de renuncias con indemnización es una causal para la cesación de funciones; no obstante, el carácter obligatorio que le otorgaba la norma impugnada permitía que la autoridad pública impusiera una renuncia sin considerar la voluntad de las personas afectadas y, por ende, convirtiera sus derechos laborales en renunciables y tangibles¹⁴.

Igualmente, la Corte descartó las alegaciones de vulneración de otros tres derechos constitucionales. Primero, haciendo referencia al derecho al debido proceso, la CCE explicó que la compra de renuncias con indemnización es una causal para cesación de funciones que no tiene relación con una sanción o un proceso de destitución. De esta manera, declaró que no es necesario iniciar un sumario administrativo, por lo que descartó una omisión a ese derecho¹⁵.

Además, la Corte analizó los argumentos acerca de una posible vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto, verificó que existe un trato diferenciado justificado entre los servidores públicos de carrera y los que tienen otro tipo de vinculación con el Estado; esta diferencia fue considerada como razonable al no menoscabar derechos constitucionales¹⁶. Para finalizar su examen, la CCE se refirió al derecho a no ser obligado a realizar algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido. Al respecto, concluyó que la ley no contempla una prohibición para aplicar la compra de renuncias con indemnización. Igualmente, no se comprobó que el Decreto impugnado obligue a las personas a dejar de hacer algo no prohibido por la ley, por lo que se descartó una posible vulneración al derecho mencionado¹⁷.

Como resultado del control de constitucionalidad, la CCE insistió en que “*lo que ha tornado inconstitucional a la norma impugnada es la obligatoriedad de la aplicación de la compra de renuncia con indemnización*”¹⁸. Por ello, la

¹³ *Ibíd.*: párr. 134.

¹⁴ *Ibíd.*: párr. 137.

¹⁵ *Ibíd.*: párr. 155-156.

¹⁶ *Ibíd.*: párr. 167-168.

¹⁷ *Ibíd.*: párr. 173-174.

¹⁸ *Ibíd.*: párr. 180.

Corte declaró la inconstitucionalidad de las frases “obligatorias” y “Las servidoras o servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”, constantes en el Art. 8 del Decreto. Como consecuencia de esta declaratoria, los efectos provenientes de la mencionada figura perdieron validez en el ordenamiento jurídico¹⁹. En cuanto a los efectos de la sentencia, se especificó que estos son hacia el futuro; cumpliendo con la previsibilidad del ordenamiento jurídico²⁰.

3.- Análisis específico de la sentencia:

Como queda dicho, en el fallo 26-18-IN/20 la Corte determinó en lo principal que la disposición impugnada vulneraba los derechos a la seguridad jurídica y al trabajo. En tal virtud, a continuación se analizarán los razonamientos formulados por dicho organismo en torno a estos aspectos, a la luz de las normas, la doctrina y la jurisprudencia.

3.1.- Vulneración a la seguridad jurídica:

La facultad de emitir reglamentos de ejecución o aplicación por parte del Presidente de la República, en ejercicio de la atribución prevista en la

primera parte del Art. 147.13 de la CRE, no está en discusión en la sentencia 26-18-IN/20 y acumulados. De hecho, esta atribución reglamentaria se complementa con la parte final del mentado artículo, en cuanto a la facultad de formular válidamente reglamentos autónomos que convengan a la buena marcha de la administración (competencia normativa de carácter administrativo en sentido amplio).

La CCE deja en claro que el juzgamiento de las eventuales incompatibilidades entre un reglamento y una ley es y seguirá siendo competencia de conocimiento y resolución de los tribunales de lo contencioso administrativo, como parte del control de legalidad. No toda posible transgresión a los contenidos de la Constitución se traduce en infracciones directas que activen el control de constitucionalidad; este es el caso de conflictos normativos entre normas infra-constitucionales, que conforme pasados pronunciamiento de la Corte (Sentencia 003-13-SIN-CC), no admite juicio de constitucionalidad:

[L]a presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley, no es materia de relevancia constitucional, sino de legalidad; en tal virtud, no es un asunto de competencia de la justicia constitucional. Por otro lado, se debe precisar que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos jurisdiccionales de protección pertinentes para la tutela del derecho de las personas que puedan ser objeto de lesiones como consecuencia de una

¹⁹ *Ibid.*: párr. 185.

²⁰ *Ibid.*: párr. 182.

antinomía normativa de rango infraconstitucional. Sostener lo contrario y permitir que la justicia constitucional, en este caso la Corte, incursione en esas competencias lesionaría el principio de interpretación integral de la Constitución y generaría como resultado que la justicia constitucional termine por absorber a la justicia ordinaria²¹.

Cabe asimismo destacar que en la sentencia 017-17-SIN-CC, ante una incompatibilidad entre ciertas normas de la Ley Orgánica de Discapacidades y de su Reglamento de aplicación, la CCE encontró en el principio de progresividad y no regresividad el argumento principal para solventar este conflicto normativo, declarando la inconstitucionalidad por el fondo del reglamento frente a la ley²². Se trataba de un caso en donde mediante reglamento se aumentaba el porcentaje previsto en la ley para calificar el grado de discapacidad de las personas.

A pesar de que el Art. 147.13 de la CRE determina taxativamente que los llamados “*reglamentos de ejecución*” no pueden contradecir o alterar lo dispuesto en la ley, ello no significa que sea, en términos de la jurisprudencia constitucional, un asunto de competencia y resolución de la justicia constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad; al menos no con base únicamente en el

citado Art. 147.13 (sino en relación con otros principios, como veremos más adelante), quedando para ello previsto el ejercicio de las acciones contenidas en el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que prescribe lo siguiente:

Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; 2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad; 3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público²³.

La actual Corte, manteniendo el criterio de sus antecesoras, desecha en la sentencia en comento las alegaciones de inconstitucionalidad por incompatibilidades infraconstitucionales (párr. 101), y entra a analizar afectaciones a la seguridad jurídica, vinculada al principio de legalidad, con relación a la emisión de reglamentos de ejecución de leyes por parte del Presidente de la República. El juicio material que lleva a cabo la CCE al momento de realizar control abstracto de constitucional es entre las disposiciones reglamentarias

²¹ CCE. Sentencia 003-13-SIN-CC, 4 de abril de 2013: 16.

²² CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: Art. 11.8: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

²³ COFJ. Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

(contenidas en el Decreto 813) y los preceptos constitucionales, en especial el de seguridad jurídica, pero lo hace no bajo el supuesto exclusivo de que el reglamento sea contrario a la ley, sino por inobservar el principio de legalidad, al haberse insertado en un acto normativo infra-legal y sin tener competencia para ello, una figura distinta a la prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)²⁴.

En su juicio de constitucionalidad, la Corte se aproxima al asunto medular con base en los parámetros de certidumbre y previsibilidad desarrollados previamente en su jurisprudencia, concretamente en la sentencia 5-19-CN/19, que al respecto determina lo siguiente:

De lo anterior se desprende que la seguridad jurídica comprende tanto un ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro²⁵.

La seguridad jurídica es un concepto ampliamente discutido en el foro jurídico, pero cuya conceptualización no es del todo

pacífica en la doctrina²⁶. De todas maneras, podemos citar un par de definiciones que permiten identificar sus principales elementos configuradores. Así por ejemplo, el autor Rincón Salcedo concibe a la seguridad jurídica como *“la expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública”*²⁷. De manera concordante, Bravo Arteaga la considera como *“la claridad respecto de los derechos y obligaciones que se derivan de las instituciones legales (...) Se puede decir que se trata de una razonable certeza estable, sin que implique una petrificación o congelación del Derecho”*²⁸. En consecuencia, se puede entender a la seguridad jurídica como la necesaria previsibilidad y continuidad respecto a la aplicación de las normas jurídicas y la regularidad y consistencia de sus efectos y consecuencias.

Volviendo a lo principal, cabe reiterar que la facultad reglamentaria

²⁴ LOSEP. Registro Oficial Segundo Suplemento 294, 6 de octubre de 2010.

²⁵ CCE. Sentencia 5-19-CN/19, 18 de diciembre de 2019: párr. 21.

²⁶ Cfr. Fernando Arrázola Jaramillo. “El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Público* No. 32, Enero – Junio 2014.

²⁷ Javier G. Rincón Salcedo. “De la discrecionalidad, la estabilidad jurídica y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos. El caso de las fuerzas militares colombianas”, en *Seguridad Jurídica, Estabilidad y Equilibrio Constitucional* I. Congreso del Doctorado en Ciencias Jurídicas: Bogotá (2011): 33.

²⁸ Juan Rafael Bravo Arteaga. “La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano: ideales, valores y principios”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (329) (2005): 14.

del Presidente de la República se encuentra limitada por el principio de legalidad, que exige de todas las autoridades respetar el contenido del Art. 226 de la CRE en el ejercicio de sus competencias; lo que a su vez se orienta a hacer efectivo lo dispuesto en el Art. 82 del mismo texto constitucional, dotando con ello al sistema jurídico de las características de certidumbre y previsibilidad. Con este argumento, la CCE pasa a analizar la competencia reglamentaria específica, con relación a la disposición concreta contenida en el Art. 229 de la Constitución, que exige tratar mediante ley la cesación de funciones de los servidores públicos.

Esta normativa constitucional – la del Art. 229 de la CRE – tiene como objetivo dotar de mayor estabilidad a los servidores públicos frente a una posible cesación, exigiendo para ello que solamente mediante ley se establezcan las causas y motivos bajo los cuales procedería. Estos supuestos se encontraban ya contemplados en el Art. 47 de la LOSEP; y que la normativa reglamentaria en cuestión inobservó, transgrediendo el principio de legalidad. Dicha norma legal, que conforma el marco normativo del servicio público, contempla los parámetros de certidumbre y previsibilidad como resultado del mandato constitucional del derecho a la seguridad jurídica, en lo que se

refiere a sus elementos de ser previa, clara y pública.

El contenido del Art. 8 del Decreto Ejecutivo 813 introduce, mediante reforma al reglamento de la LOSEP, la figura de “*compra de renunciaciones obligatorias*”, cuando en el Art. 47.k) de dicha ley únicamente constaba la “*compra de renunciaciones con indemnización*”, por medio de la cual el Estado realiza una oferta a fin de que el servidor se acoja o no voluntariamente a la renuncia. La implementación de la figura de la compra de renunciaciones de carácter obligatorio y su consecuente aplicación para efectos de cesación de funciones a servidores públicos, es lesiva por inobservar regulaciones constitucionales y legales previas que debieron ser cumplidas.

El sometimiento de la administración al principio de legalidad es un supuesto necesario de todo Estado Constitucional. Para el caso concreto de las potestades reglamentarias –en general–, estas no se comprenderían cabalmente en cuanto a su ejercicio sino en relación con otros preceptos constitucionales, ello con el propósito de fijar el ámbito material de actuación y no transgredir límites normativos constitucionales y legales. De suerte que solo un actuar sujeto a tales márgenes, supondría una manifestación de la voluntad

reglamentaria-administrativa conforme a la habilitación constitucional prevista en el Art. 147.13 para el Presidente de la República. La Corte Constitucional manifiesta en el fallo en análisis:

[E]n el sector público existe la primacía del principio de legalidad, en donde las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidoras y servidores y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, ejercen solamente las competencias y facultades establecidas en la Constitución y la ley conforme el artículo 226 de la Constitución (...). Además, cabe indicar que conforme el artículo 147 numeral 13 de la Constitución el Ejecutivo puede expedir reglamentos para aplicación de la ley. En el ejercicio de esta potestad el presidente de la República tiene un margen amplio de actuación toda vez que puede efectivizar o, en su defecto, regular aspectos que la ley no ha desarrollado para encauzar su operatividad. Sin embargo, tiene un límite material, el cual consiste en no contravenir ni alterar las leyes respecto de las cuáles se expide la normativa para su aplicación, sin perjuicio del cumplimiento de otras disposiciones constitucionales²⁹.

En este sentido, se destaca que la Corte realiza un breve repaso de orden histórico sobre el trámite de aprobación de la LOSEP, a fin de poder observar todos los matices que en su momento se presentaron, y cómo no fue aceptada la figura de la “*compra de renuncia obligatoria*” por parte de la Asamblea Nacional de la época; así como la posterior insistencia vía veto presidencial para su incorporación, bajo el argumento de “*optimizar las actividades del sector público*”. En la reglamentación inicial a dicha ley, el Ejecutivo no insistió en su inclusión; sin embargo, en la reforma producida por el aludido Art. 8 del Decreto 813, se introduce la referida figura de la “*compra de renuncia obligatoria*”

(ver párr. 104-116 de la sentencia); que constituye lo sustancial del fallo materia del presente análisis.

Por las razones expuestas, es a toda luz evidente cómo el accionar del Ejecutivo enervó las características de previsibilidad y estabilidad contempladas en el Art. 229 de la Constitución. Podríamos incluso aseverar que el principio de jerarquía normativa se ve afectado en este caso por la expedición de un reglamento *contra legem*, así como también la reserva de ley expresamente mandatorio, en materia de estabilidad laboral y cesación de funciones de sus servidores, de conformidad con lo prescrito en el Art. 229 de la CRE.

La Corte también determinó la falta de claridad y coherencia por parte del Ejecutivo en la redacción de la norma impugnada, características necesarias de todo ordenamiento en donde prime la seguridad jurídica. Falta de claridad por cuanto en la aplicación de la compra de renuncias, al ser obligatoria para el servidor público, deriva que en su aplicación pueda o no existir la voluntad. En cuanto a la incoherencia, la CCE observa que la Presidencia, en su afán de aplicar esta figura como forma de cesar en sus funciones a los servidores públicos, terminó transgrediendo la

²⁹ CCE. Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, 28 de octubre de 2020: párr. 120 y 122.

LOSEP, permitiendo la coexistencia en el sistema normativo ecuatoriano tanto de “*renuncias voluntarias*” como de “*renuncias obligatorias*”.

Para mayor abundamiento, afirmaremos que la ley determina el contorno del alcance de la potestad reglamentaria del Presidente, puesto que la Constitución reserva expresamente determinadas materias para que sean reguladas estrictamente mediante ley; condicionando con ello el ámbito de regulación reglamentaria como facultad exclusiva del Ejecutivo, al momento de ejercer válidamente su atribución contenida en el Art. 147.13 de la CRE.

En este sentido, el fallo de la Corte es importante por cuanto desarrolla los límites materiales que debe observar el Presidente de la República al momento de emitir reglamentos de ejecución o aplicación de las leyes, derivados de principios fundamentales como la división de poderes, seguridad jurídica, jerarquía normativa y principio de legalidad. De tal manera que el límite reglamentario vendría a estar definido en virtud de la competencia de ejercicio de otra función del Estado, como es en este caso de la Asamblea Nacional, como órgano competente para regular

mediante ley lo atinente al régimen de cesación de funciones de los servidores públicos.

3.2.- Vulneración al derecho al trabajo:

Otro de los aspectos destacables de la sentencia 26-18-IN/20 tiene que ver con la determinación, por parte de la Corte, de la vulneración del derecho al trabajo, reconocido en el Art. 33 y otros de la Constitución. Concretamente, la CCE concluyó lo siguiente:

[E] artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, al incluir el carácter obligatorio de la compra de renuncias con indemnización, vulnera el derecho al trabajo por atentar contra el principio de intangibilidad de los derechos laborales en relación con su régimen de estabilidad laboral, todos ellos establecidos en los artículos 229 y 326 numeral 2 de la Constitución³⁰.

Para formular esta conclusión, la Corte en primer lugar apuntó que conforme a su propia jurisprudencia el derecho a la estabilidad laboral no puede considerarse como absoluto, ya que de su naturaleza y de las repercusiones sociales de su ejercicio se desprenden ciertas limitaciones de índole legal y/o administrativa³¹. En tal virtud, de acuerdo a lo sostenido por la CCE, si bien la estabilidad laboral de los funcionarios públicos constituye una garantía constitucional, la misma puede ser limitada si se configuran las condiciones previstas legalmente

³⁰ CCE. *Sentencia 26-18-IN/20* y acumulados, 28 de octubre de 2020: párr. 149.

³¹ CCE. *Sentencia 246-15-SEP-CC*, 29 de Julio de 2015: 14.

que habilitan su desvinculación. Específicamente, según la Corte:

[S]e garantiza que las autoridades nominadoras actúen conforme previsiones legales y constitucionales para la permanencia en el puesto de trabajo de los funcionarios y que los motivos para proceder con su separación no sean arbitrarios, sino que corresponda causales justificadas para el efecto. Es decir, se trata de un régimen de derechos que a su vez conlleva obligaciones de las autoridades conforme las regulaciones que se hagan a nivel legislativo³².

Sobre la base de estos razonamientos, la CCE vinculó el carácter no absoluto de la estabilidad laboral de los servidores públicos con el régimen de cesación de funciones, lo que se encuentra recogido en el Art. 229 de la CRE y regulado en el Art. 47 de la LOSEP; dentro de este marco normativo se incluye la compra de renuncias con indemnización. Sin embargo, del análisis efectuado por la Corte se desprende que, como se señaló anteriormente, la norma impugnada vulneraba la referida garantía de estabilidad laboral pues establecía como obligatoria la compra de renuncias, lo que a su vez atentaba contra el principio laboral de intangibilidad.

A nivel normativo, el Art. 326.2 de la Constitución prescribe que el derecho al trabajo se sustenta, entre otros principios, en que *“los derechos laborales son irrenunciables e*

*intangibles”*³³, estableciendo la nulidad de toda estipulación en contrario. De manera más específica, el Art. 23.a) de la LOSEP dispone que gozar de estabilidad en su puesto es un derecho irrenunciable de las servidoras y servidores públicos³⁴. Asimismo, como quedó dicho anteriormente, la misma LOSEP ya contemplaba las causales de terminación de las relaciones laborales en el sector público, lo que originalmente también se reproducía en su reglamento.

De los razonamientos esgrimidos por la CCE se destaca la relevancia brindada a los principios de intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, que se relacionan directamente con la garantía general de estabilidad laboral de los servidores públicos. En este sentido, cabe mencionar que el Art. 6 del Protocolo de San Salvador³⁵, instrumento que forma parte del marco normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconoce el derecho al trabajo de todas las personas; y en el Art. 7.d) determina lo siguiente:

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados

³² CCE. *Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados*, 28 de octubre de 2020: párr. 130.

³³ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

³⁴ LOSEP. Registro Oficial Segundo Suplemento 294, 6 de octubre de 2010.

³⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Registro Oficial 175, 23 de abril de 1993.

garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional³⁶.

En este sentido, en lo que respecta a la estabilidad laboral, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera enfática en su más reciente jurisprudencia. Es así que, interpretando extensivamente el alcance del Art. 26 de la CADH, ha especificado que la estabilidad laboral también se encuentra protegida por dicho instrumento internacional, lo que la torna plenamente justiciable ante el Sistema Interamericano³⁷. Con base en estas premisas, la Corte IDH ha configurado el contenido de la estabilidad laboral de la siguiente manera:

Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho³⁸.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT),

también se ha referido a la garantía de estabilidad laboral. Así en primer lugar se destaca la Recomendación No. 119 de 5 de junio de 1963, sobre la terminación de la relación de trabajo, en cuyo acápite dos se señala que, “[n]o debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”³⁹.

Posteriormente, este principio fue recogido específicamente en el Convenio 158 de la misma OIT, el que si bien no ha sido ratificado por el Ecuador, de todas maneras demuestra la relevancia internacional que se le ha pretendido brindar; y concretamente en su Art. 4 dispone que, “[n]o se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁴⁰.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Corte IDH. *Caso Lagos del Campos vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340: párr. 141-146.

³⁸ *Ibid.*, párr. 151.

³⁹ OIT. R119 – *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1963, 5 de junio 1963: párr. 2, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R119,/Document.

⁴⁰ OIT. C158 – *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982, 22 de junio de 1982: Art. 4, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158.

En este sentido, se evidencia que la Corte ha vinculado la aplicabilidad efectiva de los principios de intangibilidad e irrenunciabilidad con la garantía de estabilidad, precisamente en la línea de que la cesación de funciones debe efectuarse conforme a un régimen legal previo, justificadamente y sin incurrir en arbitrariedades. Por ello, resulta contrario a la Constitución instituir disposiciones que pudieran obligar a los servidores públicos a actuar en contra de sus propios derechos, vulnerándose así también el mentado principio de irrenunciabilidad.

En la doctrina se ha definido dicho principio de manera bastante precisa, aunque en su aplicación práctica se pudieran presentar dificultades en torno a su delimitación concreta. Como explica el autor Valentín Rubio, el principio de irrenunciabilidad está orientado a *“evitar las renunciaciones hechas por el trabajador en su propio perjuicio, presumiblemente forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social”*⁴¹. Concordantemente, Thayer y Novoa precisan que la irrenunciabilidad de los derechos laborales se fundamenta

en última instancia en el carácter eminentemente tutelar de esta rama del Derecho⁴².

Respecto al principio de intangibilidad de los derechos laborales, en la sentencia 26-18-IN/20 la Corte estableció que el mismo *“implica que ninguna norma o acto puede alterarlos o modificarlos salvo si conlleva condiciones más beneficiosas”*⁴³. Esta definición guarda consonancia con lo expresado por la doctrina especializada. Así por ejemplo, el profesor Julio César Trujillo indica que el principio de intangibilidad conlleva:

(...) no sólo la prohibición al poder público de desconocer mediante leyes posteriores, los derechos de los que gozan los trabajadores con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, sino también que el legislador, no puede mediante una nueva ley desmejorar las condiciones, derechos y prestaciones a favor de los trabajadores que se encuentran establecidas legalmente a la fecha en que se va a expedir la nueva ley⁴⁴.

En esta misma línea de razonamiento, García Berni afirma que *“el principio constitucional que garantiza la intangibilidad de los derechos laborales, nace en virtud de la necesidad de proteger las conquistas que los trabajadores han logrado a través de los tiempos. Esas conquistas han repercutido muchas*

⁴¹ Valentín Rubio. *Derecho Laboral*, Tomo I. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires (1999): 24.

⁴² Cfr. William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida. *Manual de Derecho del Trabajo* Tomo II, Manuales Jurídicos, 1ra. Ed., Editorial Jurídica de Chile: Santiago (1980): 20-21.

⁴³ CCE. *Sentencia 26-18-IN/20*, 28 de octubre de 2020: párr. 139. Ver también: *Sentencia 025-09-SEP-CC*, 29 de septiembre de 2009: 20.

⁴⁴ Julio César Trujillo. *Derecho del Trabajo*, Tomo I, 2da. Ed. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Quito (1986).

veces en reformas legales”⁴⁵. Por lo tanto, el principio de intangibilidad constituye un componente esencial de las garantías normativas destinadas a proteger a trabajadores y servidores públicos, que se relaciona directamente con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y el concepto de derechos adquiridos.

Como queda indicado, la CCE ha aquilatado estos principios, argumentando balanceadamente que si bien los servidores públicos gozan de estabilidad, ese postulado no es absoluto y puede sujetarse a ciertas limitaciones, siempre y cuando cumplan con los respectivos parámetros legales y constitucionales. Al respecto, en la jurisprudencia comparada también se pueden encontrar reflexiones que resaltan el valor esencial de los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, sus alcances y límites. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado sobre la intangibilidad lo siguiente:

Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden

incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes⁴⁶.

Sin embargo, dicha Corte ha matizado esta formulación, al aseverar que *“la intangibilidad de los derechos adquiridos no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos”*⁴⁷; razonamiento que a su vez se fundamenta en lo previamente señalado por la Corte Suprema de Justicia de dicho país:

[N]adie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro⁴⁸.

De igual manera, el Tribunal Constitucional de Perú también se ha referido a la irrenunciabilidad

⁴⁵ Aída García Berní. “Derechos adquiridos de los trabajadores”. *Temas de Derecho Constitucional. Derecho Ecuador*, 24 de noviembre de 2005, <https://derechoecuador.com/derechos-adquiridos-de-los-trabajadores#:~:text=El%20principio%20constitucional%20que%20garantiza,muchas%20veces%20en%20reformas%20legales>.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-147/97*, 19 de marzo de 1997: párr. 2.1.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-177/05*, 1 de marzo de 2005: párr. 9.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia 115 26* de septiembre de 1991.

de los derechos laborales, haciendo interesantes distinciones y explicando su sentido y alcance. Concretamente, dicho órgano jurisdiccional ha sostenido lo siguiente:

[E]s preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...) Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda. La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral. Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley. Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual (...) En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma (...) La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral⁴⁹.

En definitiva, se puede constatar cómo la sentencia 26-18-IN/20 ha puesto nuevamente en liza la disquisición jurídica sobre los alcances prácticos de los principios de intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales. Se trata de una cuestión sobre la que no se pueden ofrecer soluciones apriorísticas, toda vez que las particularidades de cada caso –incluso a nivel de control abstracto de constitucionalidad– hacen necesario distinguir los matices y ofrecer soluciones equilibradas. En el fallo materia del presente artículo, la Corte concluyó que la denominada “*compra de renunciaciones obligatorias*” vulneraba el derecho al trabajo por contravenir los referidos principios, dejando claro en todo momento que las limitaciones a la estabilidad laboral son procedentes si se ajustan a los parámetros constitucionales sobre la materia.

Conclusiones:

En su reciente sentencia 26-18-IN/20 y acumulados, la CCE resolvió una serie de casos en los cuales se presentaron sendas acciones de inconstitucionalidad en contra del Art. 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, emitido en el año 2011, que establecía la denominada

“*compra de renunciaciones obligatorias*” en el sector público. Se trataba de un asunto polémico que había suscitado un intenso debate en la opinión pública y que finalmente ha quedado saldado. En este contexto, la Corte ha recalcado el valor constitucional fundamental

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 008-2005-PI/TC, 12 de agosto de 2005: párr. 24.

de los derechos a la seguridad jurídica y al trabajo, especialmente de los principios de intangibilidad y estabilidad laboral.

En el fallo en cuestión se constata una formulación argumentativa meticulosa, destinada a fijar con claridad los puntos concretos de la antinomia normativa a ser zanjada, distinguiéndolos de aquellos aspectos cuyo juzgamiento no resultaba procedente. En este sentido, la Corte se centró exclusivamente en efectuar el control material de constitucionalidad, como parte del cual consideró cada una de las alegaciones propuestas por las personas accionantes, y constató únicamente la vulneración de los dos derechos antes mencionados. Además, en su parte resolutive especificó taxativamente los efectos y alcance de la resolución.

En lo atinente a la seguridad jurídica, la CCE configuró los contornos del ámbito de la potestad reglamentaria en relación con otros mandatos constitucionales, en especial el de legalidad. De esta manera, efectuó el respectivo control constitucional atendiendo a criterios vinculados con la reserva de ley y la competencia reglamentaria, y en consideración de los parámetros de

certidumbre y previsibilidad. En lo que concierne al derecho al trabajo, la Corte se explayó sobre el concepto de estabilidad laboral, aludiendo a su contenido y matizando su sentido y alcance a la luz de la normativa vigente y la jurisprudencia. Con base en esas premisas, la CCE examinó a profundidad el principio constitucional de intangibilidad de los derechos laborales y estimó que la denominada “*compra de renunciaciones obligatorias*” lo contravenía.

En síntesis, la Corte ha resuelto un conflicto normativo de enorme repercusión para las relaciones laborales en el sector público. En tal virtud, el control constitucional efectuado ha permitido arrojar luces sobre la aplicación práctica de principios esenciales del Derecho Laboral, así como de la garantía de la seguridad jurídica y del principio de legalidad. De esta manera, la CCE continúa consolidando una línea jurisprudencial certera e independiente.

La protección a la libertad de expresión en procesos electorales a partir de la sentencia 1651-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas.

1. Introducción

El 2 de septiembre de 2020, la Corte Constitucional (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la Sentencia 1651-12-EP/20, decisión en la que analizó la posible vulneración de los derechos al debido proceso y a la libertad de expresión de un medio de comunicación¹, en un proceso sobre infracción electoral resuelto en el año 2011. La Corte determinó la vulneración de los derechos previamente mencionados, por lo que dejó sin efecto la sentencia impugnada, emitida por el Tribunal Contencioso Electoral (en adelante, TCE), y ordenó el archivo del proceso. Además, dispuso al TCE y al Consejo Nacional Electoral (en adelante, CNE) implementar, dentro de los próximos 6 meses, un programa de capacitación a sus miembros sobre la protección de la libertad de expresión, enfatizando

en la vigencia de ese derecho en contextos electorales².

Asimismo, la Corte conminó al TCE a reconocer oficialmente la vulneración de derechos ocasionada y que, como medida de satisfacción, ofrezca disculpas públicas a la compañía Editores Nacionales S.A (en adelante, ENSA), editora de la reconocida revista “*Vistazo*”, a ser difundidas tanto por medios físicos como digitales³. La CCE tomó su decisión tras realizar el test tripartito para las posibles limitaciones a la libertad de expresión, amparado en tres elementos: i) legalidad, ii) legitimidad, iii) idoneidad, necesidad y proporcionalidad; todo ello, siguiendo la jurisprudencia previamente desarrollada en la sentencia 282-13-JP/19⁴.

¹ El objeto de denuncia fue una sección de editorial de la revista “*Vistazo*” publicada en la página 17 de la edición No. 1049.

² Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020, 49.

³ *Ibid.*, 50.

⁴ *Ibid.*, párr. 160-162.

La resolución impugnada del TCE fue dictada en contra de ENSA, por un editorial publicado en la revista "Vistazo" en la edición de mayo de 2011, titulado "Un no rotundo". Según lo recogido en la sentencia 16-51-12-EP/20⁵, en dicha publicación la mencionada revista expresaba su criterio editorial respecto a la consulta popular que se celebró en aquella época, manifestando su oposición concreta a las preguntas 3, 4, 5 y 9, argumentado que su aprobación afectaría la libertad de expresión y la institucionalidad y la separación de poderes.

El fallo materia del presente análisis destaca debido al reconocimiento de la vulneración al derecho a la libertad de expresión, considerado como una piedra angular dentro de una sociedad democrática⁶. Según el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ (en adelante, CADH), así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁸, este derecho incluye la libertad de pensamiento y expresión, lo que incluye recibir y difundir información e ideas de toda

índole, sin censura previa. En tal virtud, la libertad de expresión es catalogada como un derecho humano que a su vez sustenta múltiples otros derechos y libertades civiles. En la Constitución de la República del Ecuador⁹ (en adelante, la Constitución o CRE), la libertad de expresión se encuentra reconocida en los Arts. 18 y 66.6.

El presente artículo analizará la sentencia 1652-12-EP/20, por la cual se declaró la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la libertad de expresión de ENSA. Para el efecto, se presentará una síntesis acerca de la admisibilidad de acciones extraordinarias de protección (en adelante, AEP) contra decisiones del TCE. Después, se realizará un análisis específico sobre los puntos principales del fallo, haciendo énfasis en el derecho a la libertad de expresión. Luego, se examinarán los conceptos relacionados con este derecho y el ejercicio del mismo en contextos electorales. Finalmente, se presentarán conclusiones del análisis.

2. Admisibilidad de AEPs contra decisiones del TCE

⁵ *Ibid.*, párr. 15.

⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 70.

⁷ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

⁸ Ver: Declaración Universal sobre Derechos Humanos, Documentos, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, Art. 19, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969, Art. 19.

⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

En la sentencia constitucional 1652-12-EP/20, la Corte examinó la norma correspondiente a la admisión de AEPs, contenida en el Art. 62.7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). Dentro de la sentencia, se destaca el análisis por medio del cual se absolvió la objeción formulada por el TCE¹⁰, en torno a su competencia para conocer y resolver la demanda presentada por ENSA durante un periodo electoral. La CCE llevó a cabo una interpretación integral de la mencionada disposición, acentuando la supremacía constitucional y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Como principio, la AEP *“tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”*¹¹. Además, la CRE prescribe que esta acción:

[P]rocederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado¹².

De esta forma, se establece que la AEP es una acción constitucional concebida para tutelar el debido proceso y los derechos constitucionales. Asimismo, se reconocen tres elementos básicos para ser admitida ante la CCE: i) que impugne una sentencia o auto definitivo, ii) que exista una violación de derechos o garantías constitucionales, y iii) que se presente después de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

Sin embargo, el Art. 62.7 de la LOGJCC presenta una limitación a la admisibilidad de una AEP, al determinar que esta *“...no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el período electoral”*¹³ (énfasis añadidos); lo que *prima facie* se podría interpretar como un principio para la inadmisión y archivo directo de la causa. No obstante, como se recoge en la sentencia materia del presente análisis, esta determinación no es absoluta, siendo preciso mencionar que el Art. 3 de la LOGJCC también dispone que: *“Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la*

¹⁰ CCE, Sentencia 1651-12-EP/20, 2 de septiembre de 2020, párr. 55.

¹¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, Art. 58.

¹² CRE, Art. 94.

¹³ LOGJCC, Última reforma, Registro Oficial 134, Suplemento, 3 de febrero de 2020, Art. 66.7.

*Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente*¹⁴.

En tal sentido, la CCE hizo mención de los Arts. 424 y 426 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que *“los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*¹⁵; y que *“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”*¹⁶. Por consiguiente, al recalcar la supremacía normativa de la CRE, la Corte aclaró que las decisiones o sentencias del TCE están en todo momento sujetas al control constitucional¹⁷, reafirmando un criterio establecido en su jurisprudencia previa¹⁸.

Con base en esta premisa de la supremacía constitucional, la Corte explica que restringir el acceso a la

justicia y la tutela judicial efectiva de derechos durante el periodo electoral es incompatible con el Art. 75 de la CRE¹⁹. En este sentido, la CCE aseveró que *“no cabe restringir la protección de derechos constitucionales selectivamente a determinados espacios de tiempo, ni de forma general a todos los actos electorales en dichos periodos”*²⁰ (énfasis añadido). Es decir, que la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales es permanente, al igual que el control constitucional orientado hacia su debida prevalencia.

Por esta razón, efectuando una interpretación integral del Art. 62.7 de la LOGJCC, en relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y haciendo referencia a una supremacía constitucional permanente, la Corte clarifica que la norma está dirigida a *“preservar los bienes jurídicos de independencia de los órganos electorales para garantizar la continuidad y no intervención en el desarrollo de los distintos procesos electorales”*²¹ (énfasis añadido). Esto

¹⁴ *Ibid.*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, Art. 3.

¹⁵ CRE, Art. 424.

¹⁶ *Ibid.*, Art. 426.

¹⁷ CCE, *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020, párr. 61.

¹⁸ Ver sentencias: 0001-09-SEP-CC, 0002-09-SEP-CC y 0005-09-SEP-CC.

¹⁹ CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: Art. 75: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”*.

²⁰ CCE, *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020: párr. 67.

²¹ *Ibid.*, párr. 68.

quiere decir que la admisión de una AEP en contra de una decisión del TCE, no debe afectar el desarrollo de un proceso electoral; y que de hacerlo, debe ser inadmitida.

Respecto al caso concreto, el objeto de la demanda presentada por ENSA estaba relacionado con una supuesta violación al derecho constitucional a la libertad de expresión, vinculada a una sanción presuntamente desproporcionada a un medio de comunicación a causa de una infracción electoral que, en su proceso de determinación, pudo haber violentado garantías del debido proceso. De manera que, la Corte tenía potestad plena de ejercer un control constitucional sobre la resolución impugnada, al existir supremacía constitucional sobre las decisiones del TCE, y al verificarse que el objeto de la demanda no pretendió perjudicar o entorpecer el desarrollo normal del proceso electoral llevado a cabo en el año 2011.

En síntesis, la presentación de una AEP en contra de una decisión del TCE durante el periodo electoral es plenamente procedente. No obstante, su trámite de admisión dependerá de la realización de un análisis minucioso de los fundamentos y pretensiones que motivan la demanda, ya que

en todo caso, para ser admitida, ***“.. no debe tener una relación directa con un proceso electoral con la potencialidad de afectar su continuidad o desarrollo normal, especialmente con los actos de la etapa electoral protegidos por la Constitución, el Código de la Democracia y el artículo 62.7 de la LOGJCC”***²² (énfasis añadidos).

Análisis de los aspectos esenciales de la sentencia 1651-12-EP/20

En la sentencia 1651-12-EP/20 se analizan vulneraciones a derechos constitucionales resultantes de la resolución emitida por el TCE en contra de ENSA, por el cometimiento de infracciones electorales. En su análisis, la Corte encuentra vulneraciones a las garantías básicas del debido proceso como el principio de legalidad y el derecho a la motivación de las resoluciones, así como también afectaciones al derecho a la libertad de expresión.

3.1. Vulneración del principio de legalidad por retroactividad

Las diferentes ramas del derecho encuentran su fundamento en las normas que emanan de la Constitución; de allí que en materia de infracciones administrativas, siendo las electorales parte de

²² *Ibid.*, párr. 70.

ellas no escapan a tal irradiación jurídico-constitucional. Solamente su aplicación conforme a los mandatos de la norma suprema, garantiza que la aplicación de un régimen sancionatorio esté revestido de la constitucionalidad que tal accionar demanda.

Uno de aquellos principios consagrados en la CRE, que se erige como piedra angular en materia de juzgamiento y que debe inexorablemente cumplirse para la validez de todo proceso sancionatorio, lo constituye el denominado principio de legalidad, derivado del vocablo latino formulado por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*; constituyéndose este axioma, en consecuencia, en un límite lógico al accionar coercitivo y punitivo del Estado, al aplicar sanciones de todo tipo, sea penal, administrativo, o de otra naturaleza.

El referido principio de legalidad se encuentra consagrado en el Art. 76.3 de la CRE, cuyo contenido y concreciones adquieren relevancia normativa a través de “*subprincipios*”, como es la tipificación en la ley de las infracciones penales, administrativas o de otra clase; la prohibición de

la analogía o la interpretación extensiva; el principio de legalidad adjetiva, que exige el juzgamiento en observancia al trámite propio de cada procedimiento; la irretroactividad de las normas penales desfavorables y la aplicación retroactiva solo cuando beneficie al reo; entre otros principios y condicionamientos de raíz constitucional.

La sentencia en comento da cuenta de las “*dimensiones*” del principio de legalidad, con base en la afirmación que un acto puede ser punible si “*fuere objeto de una ley en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, certa, scripta)*”²³. En este sentido, la autora Paulina Araujo Granda manifiesta como ejes rectores del principio de legalidad²⁴:

- a) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).
- b) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nullum poena sine lege scripta*).

²³ *Ibíd.*, Sentencia 1651-12-EP/20, 2 de septiembre de 2020, párr. 78.

²⁴ Paulina Araujo Granda, “El principio de legalidad como límite necesario al poder sancionador del Estado y su inobservancia en el Código Orgánico Integral Penal”, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Derechos Humanos y Justicia Constitucional. Ensayos en Honor del Prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 204-205. La autora agrega como eje rector fundamental dirigido al legislador en su tarea de libre configuración legal, el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*).

c) La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nullum poena sine lege praevia*).

d) La prohibición de delitos y penas indeterminadas (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*).

En su análisis, la Corte concluye que en este punto la sentencia del TCE vulnera el principio de legalidad, al haber determinado una responsabilidad electoral a la empresa ENSA sin reparar, por un lado, que la norma entonces vigente²⁵ —que contenía la veda o silencio electoral— se refería únicamente a instituciones públicas, no siendo aplicable a los medios de comunicación, como era el caso de la revista “*Vistazo*”. A ello se suma, según lo señalado por la Corte, la indebida aplicación retroactiva de la referida norma prohibitiva, pues únicamente a partir de una reforma posterior al Código de la Democracia se tipificaron y contemplaron sanciones para conductas que pudieran ser potencialmente reprochables, como la atribuida a ENSA. Para el caso, la CCE concluyó que el TCE lesionó el principio de legalidad al subsumir una conducta prohibida sobre hechos

que al momento de la comisión no constituían infracción.

3.2. Vulneración de la garantía de motivación

La Corte en su actual conformación y en lo atinente a la violación a la garantía básica de la motivación como parte de debido proceso, ha empezado a delinear su propia línea argumental, desmarcándose de su antecesora, que aplicó el test de motivación bajo los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, en todos los casos. De allí que la Corte actual, con un enfoque distinto en cuanto al uso exclusivo de un solo método de análisis para verificar el cumplimiento de la garantía de motivación constitucional, manifiesta que: “*la aplicación del test de motivación no debe convertirse de ningún modo en una fórmula mecánica aplicable de manera general a todos los casos*”²⁶. Agregando específicamente lo siguiente:

[L]a motivación se enmarca dentro de las garantías del debido proceso, misma que se configura como una obligación de los poderes públicos de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que, precisamente en la justificación de sus resoluciones, reposa la legitimidad de su autoridad. Con mayor razón, deben motivar sus fallos las juezas y jueces que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, modifican situaciones jurídicas, enunciando en la resolución las normas o principios jurídicos en que

²⁵ Ecuador, *Código de la Democracia*, Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009; previo a la reforma publicada en el Registro Oficial 634, Segundo Suplemento, 6 de febrero de 2012.

²⁶ CCE, *Sentencia 2004-13-EP/19*, 10 de septiembre de 2019, párr. 38.

se fundamentaron y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho²⁷.

Igualmente, es necesario indicar que en el caso de juzgamiento de las infracciones electorales de competencia del TCE, éste ejerce plena jurisdicción en tal materia, de conformidad con lo establecido en el Art. 221.2 de la Constitución. En otros precedentes jurisprudenciales, la Corte también ha sostenido explícitamente lo siguiente:

La motivación constituye una garantía concreta del derecho a la defensa y a su vez forma parte del espectro general del debido proceso, como uno de sus componentes primordiales. La garantía del derecho a recibir decisiones motivadas tiene necesariamente dos tipos de destinatarios conjuntos: 1) las partes del proceso o los requirentes de una petición de la que se espera una respuesta, pronunciamiento o decisión, lo cual configura la concepción endoprocesal de la motivación; y, 2) los ciudadanos en general, que indistintamente de tener calidad de peticionarios o de partes de un proceso, exigen el control democrático de las decisiones de las autoridades del poder público, como requisito de su legitimación, todo lo cual configura la concepción extraprocesal de la motivación²⁸.

Asimismo, la CCE ha enfatizado que la garantía de motivación no debe entenderse como la aplicación mecánica de algún modelo de argumentación jurídica, afirmando que:

La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades públicas de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. No obstante, este requisito constitucional no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica; al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos. En ese sentido, una violación del artículo 76 numeral 7

literal l) de la CRE ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: 1. La insuficiencia de motivación, cuando se incumplen alguno de los criterios que nacen de la propia Constitución como son la enunciación de las normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y 2. La inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión. En tal sentido, la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia²⁹.

En casos específicos como la AEP y atenta a su naturaleza tutelar, la Corte ha considerado que: *“dentro de una acción de protección, la garantía de motivación de la sentencia exige, además de enunciar las normas jurídicas y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, que se realice el análisis sobre la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales”*³⁰. En general, para las garantías constitucionales se indica también que:

Sobre la motivación en garantías constitucionales, la Constitución en el artículo 76 (7) (1) y la jurisprudencia de la Corte establece que los jueces tienen las siguientes obligaciones: i) enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y, iii) realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto³¹.

Se observa de la jurisprudencia citada que el análisis que haga la Corte a la garantía constitucional

²⁷ *Ibíd.*, Sentencia 1728-12-EP/19, 2 de octubre de 2019, párr. 28.

²⁸ *Ibíd.*, Sentencia 280-13-EP/19, 25 de septiembre de 2019, párr. 27.

²⁹ *Ibíd.*, Sentencia 1320-13-EP/20, 27 de mayo de 2020, párr. 39.

³⁰ *Ibíd.*, Sentencia 758-15-EP/20, 5 de agosto de 2020, párr. 30.

³¹ *Ibíd.*, Sentencia 1285-13-EP/19, 4 de septiembre de 2019, párr. 28.

de motivación de las decisiones del poder público, —en especial de las sentencias—, variará conforme a las necesidades del caso sometido a su conocimiento; partiendo eso sí, de los criterios mínimos que se desprenden del Art. 76.7.l) de la CRE.

En cuanto a la sentencia materia del presente artículo, la Corte encuentra en el fallo del TCE violaciones a la garantía de la motivación, en: 1) falta de congruencia en el análisis que fija el monto de la sanción pecuniaria a la compañía ENSA (párrafos 94 y 95); y, 2) falta de argumentación al seguir o no la jurisprudencia electoral expedida por el mismo TCE (párrafo 131). En los dos casos la violación a la motivación se manifiesta en sentido negativo, al verificarse, en criterio de la CCE, la ausencia de argumentación por parte del TCE para imponer la sanción pecuniaria; así como no llegar a plantearse siquiera, como un ejercicio argumentativo, el seguir o no su propia jurisprudencia³².

En cuanto al monto de la multa impuesta a la empresa ENSA, la Corte encuentra que un elemento necesario que no existió en la tasación de la sanción pecuniaria, fueron las razones congruentes o conducentes que hubiesen permitido justificar el monto de la multa; pues a criterio de

la CCE los razonamientos formulados por el TCE para fijar la multa, al afirmar la existencia de un “*daño importante*” así como de un daño de “*categoría intermedia*”, no permite establecer una relación de concordancia con el resultado final que fue la imposición de una sanción pecuniaria cercana al máximo de la multa prevista en la respectiva norma.

En lo concerniente a no haberse apegado a la jurisprudencia expedida previamente por el mismo TCE, el análisis se centra en un aspecto medular, como es la consideración del editorial No. 1049 como propaganda electoral para sancionar a la empresa ENSA. El TCE deja de lado la necesaria reflexión argumentativa que permitiera explicar cómo en otros fallos previos se trató a la propaganda electoral bajo diversos matices (como campaña directa y concreta para captar votos de lectores, conjunto de publicaciones que difunden partidos o movimientos políticos, entre otras); y no únicamente como aquella destinada a incidir en el electorado, que fue la que finalmente derivó en la sanción impuesta a la empresa ENSA.

En este punto, la Corte se hace eco de la sentencia 1035-12-EP/20 (vinculatoriedad del precedente judicial), en donde destaca el

32

reconocimiento y valor constitucional de los fallos que producen jurisprudencia, como es el caso de los expedidos por la Corte Constitucional, Corte Nacional y el propio TCE; organismo este último al cual el inciso final del Art. 221 de la CRE le reconoce a sus fallos y resoluciones como jurisprudencia electoral. Esto conlleva, conforme al criterio de la Corte, la obligación de juezas y jueces de explicar las razones por las cuales se operan cambios en la jurisprudencia; o si considerasen que la misma fuere inaplicable, establecer las razones por las cuales se llega a tal conclusión en el caso concreto.

3.3. Vulneración a la libertad de expresión

Finalmente, el aspecto más relevante que analizó y resolvió la Corte se relaciona con la alegada vulneración del derecho a la libertad de expresión. Este asunto resulta de particular interés ya que la CCE se refirió a la legitimidad de las limitaciones a este derecho en el contexto de un proceso electoral, para lo cual llevó a cabo un test a fin de determinar si en el caso concreto las mismas cumplían con tres elementos sustanciales, a saber: i) legalidad; (ii) legitimidad; y, (iii) idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Adicionalmente, la CCE formuló una serie de parámetros a considerar para la protección de este derecho en tales contextos.

En primer lugar, la Corte recalcó que de conformidad con el Art. 13.2 de la CADH la censura previa se encuentra explícitamente proscrita y que únicamente procede, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, la atribución de responsabilidades ulteriores. En este sentido, la CCE observó que en el caso en cuestión no se incurrió en censura previa, pero sí en la imposición de una sanción con base en una declaración de responsabilidad ulterior, específicamente por publicar un editorial que supuestamente vulneraba el “*silencio*” electoral.

Para evaluar la presunta vulneración alegada, la Corte se refirió primeramente a la necesaria distinción entre *información* y *opinión*, aseverando que “*si bien tanto la información como las opiniones son discursos protegidos es importante distinguirlos pues los hechos son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad, no así las opiniones*”³³. Al respecto, la CCE constató que en la resolución impugnada el TCE no llevó a cabo esta diferenciación, lo que condujo a que no considerara los estándares de protección ni los

³³ *Ibid.*, Sentencia 1651-12-EP/20, 2 de septiembre de 2020, párr. 153.

niveles de escrutinio atinentes a la naturaleza a cada tipo de discurso; por ende, a criterio de la Corte, el TCE no dilucidó si el editorial objeto de sanción consistía en un juicio subjetivo o de valor, o si se trataba de un texto de contenido informativo. Por estos motivos, la Corte concluyó que el TCE se limitó a expresar que el editorial era una opinión que debía ser sancionada como propaganda electoral.

Con base en estas consideraciones, la CCE determinó que la decisión del TCE constituyó una interferencia injustificada y arbitraria a la libertad de expresión, lo que además generó un efecto inhibitorio para otros medios de comunicación u otros actores que pudieran legítimamente ejercer este derecho como parte del debate democrático. En esta línea de razonamiento, la Corte enfatizó que la publicación de ENSA constituía un discurso de interés público, por relacionarse directamente con la realización de un proceso electoral, y en ese sentido resultaba ser un discurso especialmente protegido por el derecho a la libertad de expresión.

De todas maneras, la CCE llevó a cabo el antes mencionado test tripartito, sobre la base de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar

sujeto a responsabilidades ulteriores y, por tanto, a restricciones legítimas autorizadas por la Constitución y la CADH. Así, en cuanto al principio de legalidad, la Corte reiteró que el mismo había sido vulnerado por los motivos antes indicados (sección 3.1). En lo concerniente a la legitimidad de la finalidad pretendida con la sanción, la Corte determinó que de la lectura de la resolución impugnada no se desprenden argumentos en ese sentido. Es así que según la CCE la mera referencia a la existencia de normas jurídicas o las consecuencias que de ellas se derivan, no es fundamento legítimo para sancionar a un medio de comunicación por los hechos del caso. Resulta en este punto importante citar literalmente lo sostenido por la Corte:

[S]i bien esta Corte reconoce la importancia del cumplimiento de normas electorales y los límites de gasto y financiamiento de propaganda electoral, ello no puede tener como resultado desconocer la dimensión individual y social de la libertad de expresión que conlleva la circulación de opiniones e ideas que enriquezcan el debate democrático previo a unos comicios o proceso electoral ni desconocer los demás estándares de protección de la libertad de expresión³⁴.

En tal virtud, la CCE concluyó que la resolución impugnada incumplió el principio de legitimidad, puesto que la sanción impuesta no se fundó en fines compatibles con la libertad de expresión. Agregó la Corte que sería reprochable que dicha decisión hubiera sido consecuencia de algún tipo de desviación de poder, con el

³⁴ *Ibid.*, Sentencia 1651-12-EP/20, 2 de septiembre de 2020, párr. 171.

propósito de alinear editorialmente un medio de comunicación con el gobierno, menoscabando el derecho humano en cuestión. La CCE cerró este análisis manifestando que resultaba innecesario realizar otras consideraciones entorno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción, ya que la falta de una finalidad legítima imposibilita examinar si la restricción cumplía los demás requisitos.

4. Reflexiones conceptuales sobre la libertad de expresión en contextos electorales

La libertad de expresión ha sido un derecho reconocido de manera recurrente en las diversas Constituciones de la historia del Ecuador, con mayores o menores ámbitos de regulación, pero siempre formando parte de los derechos de libertad. En este desarrollo histórico, la Constitución de 1945 acogió un importante avance en su Art. 141.10, al garantizar la “*libertad de opinión*” por cualquier medio por el cual se la pudiera expresar o difundir. En ese mismo texto constitucional, se conceptualizaba la regulación legal del periodismo y su función primordialmente social, la responsabilidad de las y los periodistas, la prohibición expresa de suspender o clausurar periódicos, de secuestrar imprentas o incautar publicaciones por delitos de prensa y el derecho de

rectificación, entre otras importantes regulaciones.

En la Constitución de 1946 se denominó libertad de pensamiento (Art. 187.11), desapareciendo del texto constitucional el derecho de rectificación y responsabilidad que el ejercicio del periodismo pudiere acarrear. En la Constitución de 1967 se denominó libertad de opinión y de expresión del pensamiento (Art. 28.5), encontrando los límites de su ejercicio en la ley, la moral y la honra de las personas. Con el retorno a la democracia, en la Constitución de 1978 se mantuvo la calificación recogida en la anterior (Art. 19.2), agregándose las denominadas responsabilidades civiles y penales. En la Constitución de 1998, en el Art. 23.9, se establece como “*libertad de opinión y de expresión del pensamiento*”, garantizándola en todas sus formas e igualmente a través de los medios de comunicación.

En el texto constitucional actual, se encuentra consagrada en el Art. 66.6, ofreciendo una amplia protección a este derecho, al disponer su reconocimiento y garantía como derecho de libertad, traducido en opinar y expresar el pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. De este pequeño esbozo de historia constitucional ecuatoriana no queda espacio a la duda que en mayor o menor grado, con

o más o menos rigurosidad, siempre la regulación de la libertad de expresión como derecho constitucional estuvo fuera de discusión.

En el plano internacional-regional, el principal instrumento es la CADH, particularmente por lo dispuesto en los Arts. 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 14 (derecho de rectificación o respuesta). En cuanto a estándares sobre la libertad de expresión, está la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión que adoptó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En estos instrumentos internacionales se destaca el hecho de que la libertad de expresión sin censura previa no es un absoluto y puede ser limitado, estableciéndose responsabilidades ulteriores o suspensiones temporales como en los “estados de emergencia”.

La libertad de expresión constituye, por tanto, un derecho fundamental, esencial dentro de todo sistema democrático. Como expresan con precisión Morán Torres y Valencia Villatoro: *“La libre manifestación y flujo de información, ideas y opiniones, es una condición indispensable de*

*prácticamente todas las demás formas de libertad, y como un prerrequisito para evitar el control del pensamiento, presupuesto esencial para garantizar la autonomía y autorrealización de la persona”*³⁵. Por consiguiente, se trata de un derecho con un contenido y alcance determinante para la plena realización de los derechos de participación o políticos.

En lo concerniente a sus connotaciones democráticas, como señala Carbonell, *“existe un amplio consenso acerca del papel central que dicha libertad tiene para la configuración de cualquier país como un Estado democrático. Para decirlo de forma breve: si no hay libertad de expresión, difícilmente habrá democracia. Uno y otro concepto, en consecuencia, parecen ir de la mano”*³⁶. En este sentido, el rol de los medios de comunicación resulta determinante, ya que como explica Cuna Pérez, *“una comunidad bien informada es condición para la democracia. Por ese motivo, la relación entre la gobernabilidad democrática y los medios de comunicación es un tema esencial del debate público sobre esta forma de gobierno”*³⁷.

³⁵ Enoc Francisco Morán Torres y Marco Antonio Valencia Villatoro, “La libertad de expresión en procesos electorales. El caso de las redes sociales”, *Ciencia Jurídica*, No. 10, Año 5, Universidad de Guanajuato (2016): 156.

³⁶ Miguel Carbonell, “La libertad de expresión en materia electoral”, *La libertad de expresión en materia electoral*. Temas selectos D. Electoral 3 (México: Tribunal Electoral Poder Judicial de la Federación, 2008), 13.

³⁷ Enrique Cuna Pérez, “Libertad de expresión y justicia electoral en el sistema interamericano”, *La libertad de expresión en materia electoral*. Temas selectos de D. Electoral 3. (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013), 18.

Como se explica con precisión en la sentencia 3-19-CN/20, la libertad de expresión es un derecho reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente la CADH³⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹. En virtud de su intrínseca relación con principios democráticos, este derecho cobra vital importancia en el contexto de los procesos electorales. Cabe destacar lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) —también citada en la sentencia 3-19-CN/20—, que al respecto determinado claramente lo siguiente:

[E]n el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.... considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado... El

debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí⁴⁰.

De igual manera, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha referido a la relación entre los derechos políticos y la libertad de expresión, afirmando que: *“La libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente”*⁴¹; agregando asimismo que:

La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 (del PIDCP). Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública⁴².

³⁸ CADH, Registro Oficial No. 801, 6 de agosto de 1984; Art. 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas [...]”.

³⁹ PIDCP. Registro Oficial No. 101, 24 de enero de 1969, Art. 19: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 11, párr. 88 y 90.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*. 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párr. 12.

⁴² *Ibid.*, párr. 25.

Sin embargo, la necesidad de garantizar la igualdad de condiciones en la participación electoral ha llevado a que se establezcan limitaciones o prohibiciones específicas respecto a la actividad mediática durante los procesos electivos. Esto sin duda requiere lograr un equilibrio entre ambos aspectos, ya que por lo señalado anteriormente una restricción desproporcionada podría lesionar injustificadamente la libertad de expresión. En este sentido, resultan clarificadoras las explicaciones de Ríos Vega, quien aludiendo a la reforma mexicana del año 2007 que estableció restricciones a la libertad de contratación de propaganda electoral en los medios de comunicación, distingue entre dos grandes modelos regulatorios: el mercado libre de las ideas y la regulación libre de las ideas; y, mostrándose partidario del segundo, afirma que:

En la teoría republicana de la libertad... podemos encontrar las razones para justificar la libre regulación de las ideas en materia electoral. La tesis republicanista dice: nadie debe ser dominado por otro en perjuicio de su libertad personal, ergo, los mensajes propagandísticos que tienden a dominar por la posición de superioridad del poder mediático deben ser limitados razonablemente en pro de la equidad (...). Pues mientras el liberal pugna por una tradición de libertad negativa, entendida como la 'ausencia de intromisiones' por parte de otros, el republicano defiende más la concepción positiva ('ausencia de dominación'), que sostiene que un individuo es libre en la medida en que dispone de los recursos y los medios instrumentalmente necesarios para realizar sus propios planes de vida. En consecuencia, el modelo de comunicación política basado en la regulación libre de las ideas pretende, sobre todo, un equilibrio entre las distintas

corrientes de opinión, a partir de un régimen de prohibiciones que eviten la prevalencia del poder de los medios en la contratación y difusión de la propaganda política⁴³.

Se puede afirmar que esta formulación conceptual ha sido incorporada en la normatividad ecuatoriana, ya que precisamente lo que se analizó en la sentencia fue la aceptabilidad constitucional de la aplicación de una sanción originada en el supuesto incumplimiento de una prohibición legal en materia electoral. Esto ha permitido evidenciar una vez más la estrecha relación que existe entre los medios de comunicación, el ejercicio de la libertad de expresión y los procesos electorales, que sin duda constituye un aspecto fundamental de cualquier régimen democrático. Sobre estas cuestiones, Bolaños Barquero explica lo siguiente:

Los formatos de los mensajes mediáticos -informativos, de opinión y publicidad- han sido hartamente estudiados, pero sin duda, lo que mayor interés ha suscitado son las fronteras entre estas formas de mensajes y la propaganda o publicidad política en periodos electorales, dado que la publicidad constituye la base económica de toda empresa mediática y aunque la producción de la propaganda electoral está en manos de las agrupaciones políticas, lo que les permite el control total de su mensaje, para la difusión interviene un pago y la participación de los medios de comunicación⁴⁴.

Precisamente, la distinción entre los formatos de los mensajes mediáticos se encuentra en la médula de la sentencia 3-19-CN/20. Es así que como lo señala la CCE, la emisión de opiniones en el contexto

⁴³ Luis Efrén Ríos Vega, "Libertad de expresión, equidad y fraude a la ley electoral", *IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año VI (30) (2012): 102-103.

⁴⁴ Arlette Bolaños Barquero, "Medios de comunicación y procesos electorales", en *Diccionario Electoral*, Tomo II, Serie Elecciones y Democracia, (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017), 698.

de un proceso electoral se encuentra especial y reforzadamente protegida por la libertad de expresión, al tratarse de un discurso de evidente interés público. Es así que como también lo ha manifestado la Corte, la protección a la doble dimensión de la libertad de expresión, la individual y social o colectiva, incluye también a los medios de comunicación:

[E]sta Corte reconoce que los medios de comunicación sirven como vehículo de expresión y difusión de la información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual. Al mismo tiempo, cuando se obstaculiza la libertad de un medio de comunicación, se afecta necesariamente la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de las personas de buscar y recibir la información, así como las ideas y opiniones ajenas que tal medio difunde. Estas dos dimensiones de la libertad de expresión son interdependientes y deben protegerse de manera simultánea⁴⁵.

En el derecho comparado se pueden encontrar algunos casos de relevancia para el presente análisis. Así por ejemplo en Bolivia, como explican Arroyo y Zapata, la ley electoral prevé una distinción entre *campaña electoral* y *propaganda política*, considerando a la primera como un mecanismo de índole meramente informativo; y agregan los citados autores que:

[E]n ambos casos, la libertad de expresión es una transversal que hace posible el debate, es decir, opinar ciudadano expresando empatía y el opinar ciudadano expresando disenso político. Aunque, ciertamente no todas las posturas ciudadanas se van a expresar en estos extremos, lo cierto es que pueden expresar lo que quieren en el

debate político. Y en este debate, los sujetos electorales que discuten —sus posturas políticas— participarán en el marco de una discusión política libre: sin censura previa, pero con las responsabilidades ulteriores a la publicación de sus expresiones⁴⁶.

Por otra parte, con respecto al sistema jurídico mexicano, Morán Torres y Valencia Villatoro recalcan que la libertad de expresión adquiere una protección especial en el marco de los procesos electorales, y que la Suprema Corte de Justicia de dicho país ha señalado que:

[E]l debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública, de modo que no solo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes. Estas son las demandas de una sociedad plural, tolerante y abierta, sin la cual no existe una verdadera democracia⁴⁷.

Consecuentemente, si bien la libertad de expresión no es absoluta y su ejercicio puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, en el contexto de un proceso electoral cualquier restricción o sanción debe justificarse de manera mucho más extremada que en otros contextos. Esto es así ya que la intrínseca vinculación entre la libertad de expresión y el sustrato esencial de un régimen democrático y sus principios fundamentales

⁴⁵ CCE, *Sentencia 282-13-JP*, 4 de septiembre de 2019, párr. 58; citada también en la *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020: párr. 188.

⁴⁶ Carlos M. Arroyo Gonçalves y Rossana Zapata Arriarán, "Procesos electorales y libertad de expresión: una Mirada al caso boliviano desde el derecho a la información", *Diálogos de la Comunicación – Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Comunicación Social*, No. 82 (2010): 5.

⁴⁷ Morán Torres y Valencia Villatoro, *Óp. cit.*, 166: Ver Jurisprudencia: 1a. /J. 32/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t.1, abril de 2013, 540.

conlleva la inderogable garantía de unas elecciones libres y abiertas, fundamentadas sobre el debate público y en igualdad de condiciones entre los actores sociales. De allí que resulten contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales

de derechos humanos, aquellas interferencias que no se encuentren respaldadas por un fin legítimo, evidenciado en una adecuada motivación fáctica y jurídica, y que puedan ser consideradas inidóneas, innecesarias y/o desproporcionadas.

5. Conclusiones

La sentencia 1651-12-EP/20 constituye uno de los nuevos hitos jurisprudenciales más notables de la Corte Constitucional. El pleno ejercicio de la libertad de expresión ha sido una de las cuestiones más debatidas por la opinión pública en los últimos años, y sus implicaciones para la democracia y los procesos electorales ha sido parte esencial de esas disquisiciones. A las puertas de una nueva convocatoria electoral de enorme significancia, la citada resolución de la CCE cobra singular importancia, especialmente por sus efectos en torno a la actividad de los medios de comunicación en la generación y divulgación de opinión y crítica política.

El fallo en cuestión también aborda un aspecto procedimental esencial, esto es la admisibilidad de acciones extraordinarias de protección contra resoluciones de la justicia electoral. En este sentido, la Corte ha sentado un parámetro de gran repercusión, ya

que ha interpretado las normas de admisibilidad de manera integral para habilitar la impugnación por vía constitucional de las decisiones del TCE, incluso en el marco de un proceso electoral, siempre y cuando ello no afecte su normal desarrollo y culminación. En este sentido, la Corte ha recalcado que todas las actuaciones de la administración pública deben guardar conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que implica que el control constitucional no debe enfrentar restricciones injustificadas.

En el presente artículo se ha analizado a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario la interrelación entre libertad de expresión, democracia y participación electoral libre y en igualdad de condiciones. Este estudio ha permitido resaltar el valor de la sentencia 1651-12-EP/20, que recoge las cuestiones

más relevantes en torno al debate sobre las limitaciones a la libertad de expresión en el marco de un proceso electoral. De esta manera, se ha podido constatar que la libertad de expresión es connatural a la actividad electoral, por lo que la atribución de responsabilidades ulteriores debe restringirse a casos extremos y minuciosamente fundamentados, en los que se demuestre fehacientemente la necesidad de proteger otros valores constitucionales trascendentales y legítimos, así como la legalidad, idoneidad y proporcionalidad de la limitación. En definitiva, la democracia y la institucionalidad ecuatoriana se han visto fortalecidas por esta reciente decisión de la Corte Constitucional.

Análisis del dictamen favorable de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional a la propuesta de consulta popular del GAD de Cuenca sobre explotación minera

*Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo, Valeria Garrido Salas.*

1.- Introducción:

El 18 de septiembre de 2020, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió el Dictamen 6-20-CP/20, mediante el cual analizó la petición de consulta popular formulada por el Concejo Municipal de Cuenca acerca de la prohibición de actividad minera, a gran y mediana escala, en cinco zonas de recarga hídrica de dicho cantón¹. La Corte dio dictamen favorable a la consulta popular bajo ciertas condiciones, entre las que resaltan, la eliminación de diez considerandos declarados inconstitucionales², y la aclaración de que, en caso de un pronunciamiento afirmativo por parte del electorado, los efectos de la consulta aplicarían exclusivamente hacia el futuro, sin efecto retroactivo³.

Adicionalmente, la CCE afirmó que el incumplimiento de mandatos legales por parte de Autoridad Única del Agua, no podía constituir un limitante para los derechos de participación; por lo que, con el fin de garantizar claridad al elector, ordenó agregar como anexo a la consulta un mapa de coordenadas de las zonas involucradas, elaborado por la empresa municipal ETAPA EP, brindando una delimitación técnica referencial a la que se remite cada pregunta⁴.

Desde el 2019 la CCE ha emitido cuatro dictámenes de constitucionalidad sobre consultas populares en materia de minería en la provincia del Azuay⁵. Las tres primeras solicitudes presentadas ante

¹ Las cinco zonas de recarga hídrica aluden a los ríos: Tarquí, Yanuncay, Tomebamba, Machángara y Norcay.

² Los considerandos declarados inconstitucionales fueron: 7, 21, 25, 30, 43, 51, 55, 57, 62 y 67.

³ CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, 18 de septiembre 2020: párr. 18.

⁴ *Ibid.*, párr. 74-77.

⁵ Ver dictámenes de constitucionalidad de consulta popular: 9-19-CP/19, 1-20-CP/20, 5-20-CP/20 y 6-20-CP/20.

la Corte fueron negadas y archivadas; ninguna de estas fue aprobada con una votación unánime. No obstante, la cuarta solicitud, dictamen materia de análisis del presente artículo, es la primera con una respuesta favorable para proceder con la consulta popular sobre la prohibición de explotación minera. Así, se comprueba que el tema analizado por la Corte es complejo, de alta relevancia e interés público, pues inclusive la votación de esta última decisión fue dividida, con cinco votos a favor, un voto concurrente y dos votos salvados.

Este artículo analizará el Dictamen 6-20-CP/20, decisión que aprobó la solicitud de consulta popular para la prohibición de actividad minera en zonas de recarga hídrica en la provincia del Azuay. Para el efecto, se realizará una breve revisión conceptual sobre la democracia directa, los derechos de participación y la consulta popular; seguidamente, se presentará un resumen acerca de la regulación constitucional y legal sobre la consulta popular. A continuación, se analizará el control constitucional realizado por la CCE, tanto a los considerandos como a las preguntas propuestas; para finalizar con las conclusiones del análisis.

2.- Acotaciones conceptuales sobre la consulta popular:

La CRE determina en su Art. 61 que la ciudadanía goza de una serie de derechos de participación, entre los que se incluye el de ser consultada y participar en los asuntos de interés público⁶. Este derecho corresponde a aquellos que tradicionalmente han sido denominados como políticos, y reconocidos en los más relevantes instrumentos internacionales. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), prescribe en su Art. 23 que la ciudadanía tiene, entre otros, el derecho a participar *“en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*⁷. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contiene una norma de igual tenor⁸.

La Corte IDH se ha referido a la participación política directa, esto es a través de consultas populares o plebiscitos, en reiterada jurisprudencia; específicamente ha sostenido que:

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos,

⁶ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: Art. 61, núm. 2 y 5.

⁷ CADH. Registro Oficial No. 801, 6 de agosto de 1984: Art. 23.a).

⁸ PIDCP. Registro Oficial No. 101, 24 de enero de 1969: Art. 25.- *“Todos los ciudadanos gozarán... de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*.

plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos⁹.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también se ha pronunciado respecto del derecho a participar en los asuntos públicos, expresando claramente lo siguiente:

Los ciudadanos también participan directamente en la dirección de los asuntos públicos cuando eligen o modifican la constitución o deciden cuestiones de interés público mediante referendos u otros procesos electorales... Los ciudadanos pueden participar directamente asistiendo a asambleas populares facultadas para adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de una determinada comunidad por conducto de órganos creados para representar a grupos de ciudadanos en las consultas con los poderes públicos. En toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos, no deberá hacerse ninguna distinción entre los ciudadanos en lo que se refiere a su participación por los motivos mencionados con el párrafo 1 del artículo 2¹⁰, ni deberán imponerse restricciones excesivas¹¹.

Por consiguiente, la participación directa de la ciudadanía en la definición de determinados asuntos públicos constituye un derecho fundamental. Se trata de un derecho político o de participación, siendo esencial dentro de un sistema democrático. A nivel conceptual, el Prof. Hernán Salgado Pesantes define a la consulta popular de la siguiente manera:

[E]s un mecanismo de democracia directa que el constitucionalismo social de posguerra buscó introducir en el sistema de gobierno representativo (democracia indirecta) a fin de acortar la brecha que separa a los gobernantes de los gobernados y llegar –de ser posible– a un sistema de democracia semidirecta. Esta es la razón para que se haya desarrollado en la mayoría de países en el siglo XX¹².

En tal virtud, la consulta popular está concebida como un mecanismo de democracia directa o semidirecta, puesto que convive con el sistema representativo y lo complementa en aquellos ámbitos determinados por la Constitución y la ley. En esta misma línea de pensamiento, el Prof. Julio César Trujillo asevera lo siguiente:

[L]a consulta popular se sustenta en la teoría según la cual la soberanía radica en el pueblo y,

⁹ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184: párr. 147. Ver también: *Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 348: párr. 111; *Caso Chitay Nech y Otras Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 212: párr. 107.

¹⁰ Se refiere al Art. 21 del PIDCP (Registro Oficial No. 101, 24 de enero de 1969), que dispone 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, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

¹¹ Comité de los Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas. *Observación General No. 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, 57º período de sesiones (1996): párr. 6.

¹² Hernán Salgado Pesantes. "Lecciones de Derecho Constitucional". Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, 3ra edición, Quito (2004): 154.

consecuentemente, cuando sus representantes... discrepan acerca de la conveniencia u oportunidad de una ley o reforma constitucional, recurren al titular de la soberanía para que decida la disputa¹³.

La consulta directa al soberano opera como un método para solventar las disyuntivas que pudieran surgir entre las autoridades elegidas popularmente, y que no encuentran una óptima o pronta solución. Al respecto, resultan clarificadoras las expresiones del reconocido iusfilósofo italiano Norberto Bobbio, quien con notable claridad expresa lo siguiente:

Precisamente debido a que entre la forma extrema de democracia representativa y la forma extrema de democracia directa hay un *continuum* de formas intermedias, un sistema de democracia integral puede abarcar a las dos, a cada una de acuerdo con las diversas situaciones y las diferentes necesidades, porque son, en cuanto adaptables a diversas situaciones y a diferentes necesidades, perfectamente compatibles entre ellas... son dos sistemas que pueden integrarse recíprocamente... Ningún sistema complejo, como es el de un Estado moderno, puede funcionar solamente con uno o con otro; ni siquiera con ambos al mismo tiempo¹⁴.

Siguiendo al citado maestro de Turín, la consulta popular se concibe como un mecanismo extraordinario, para circunstancias excepcionales, puesto que *"nadie puede imaginar*

*un Estado que pueda ser gobernado mediante el llamado permanente al pueblo"*¹⁵. De todos modos, a criterio de Bobbio, la creciente incorporación de mecanismos de democracia directa corresponde a una expansión del proceso de democratización, particularmente a través de la ampliación del papel decisivo del individuo en la toma de decisiones, ya no sólo en su dimensión de ciudadano, sino en la diversidad de sus estatus y roles sociales¹⁶. En este sentido, como se destaca en el voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría, la consulta popular pretende solucionar divergencias y confrontaciones en el marco de la civilidad, la democracia y el ordenamiento jurídico; posibilitando que los conflictos sociales se puedan afrontar por los mecanismos democráticos reconocidos en la Constitución¹⁷.

Tradicionalmente se ha clasificado a la consulta popular entre referéndum y plebiscito. Para efectos prácticos y considerando el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se entiende por referéndum aquel que tiene por objeto la aprobación de algún texto normativo específico;

¹³ Julio César Trujillo. "Teoría del Estado en el Ecuador. Estudios de Derecho Constitucional". Universidad Andina Simón Bolívar, Estudios Jurídicos 8, 2da edición, Quito (2006): 345.

¹⁴ Norberto Bobbio. *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México (1986): 60 y 61.

¹⁵ *Ibid.*, 62.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CCE. Dictamen 6-20-CP/20, voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría, 18-09-2020: párr. 9 y 10.

mientras que el plebiscito alude a consultas sobre aspectos de importancia general, o también a lo que puede considerarse como un voto de confianza a la acción de un gobernante¹⁸.

En el reciente dictamen de la CCE, la consulta propuesta corresponde a lo que doctrinariamente se entiende como plebiscito, y se relaciona con la explotación minera en zonas presuntamente sensibles. Al respecto, cabe indicar que las consultas populares sobre este tipo de temas se han llevado a cabo cada vez con más frecuencia en diversos países de la región, y también impulsadas por autoridades locales. Por ejemplo, con relación a dos consultas propuestas en Colombia en el año 2013, Garcés y Rapalino explican que:

Los grupos de ciudadanos que se oponen a las actividades mineras al considerarlas riesgosas para ciertas partes del territorio han movilizad a la comunidad para rechazar las mismas. En desarrollo de esa movilización se ha utilizado un mecanismo de participación ciudadana como la consulta popular que obligue a sus mandatarios a impedir la realización de actividades mineras. Comenzado en Piedras y siguiendo en Tauramena, las dos consultas populares adelantadas sobre el tema han tenido casi la unanimidad de los

participantes en su oposición a la práctica de actividades mineras¹⁹.

En Colombia, el empleo de la consulta popular como mecanismo local para afrontar las iniciativas de explotación minera ha sido bastante frecuente. Como explican Velandia y otros, en dicho país se han llevado a cabo nueve consultas mineras, cinco de ellas en el 2017, con otras seis en marcha²⁰. Esto ha supuesto la actuación periódica de las altas cortes colombianas, particularmente la Corte Constitucional. En este sentido, Rodríguez y Guzmán explican que:

El aumento en las expresiones de resistencia en Colombia está relacionado con la dinámica nacional que da cuenta de una activa actuación de la Corte Constitucional frente a la garantía, protección y restablecimiento de derechos colectivos y del ambiente, así como con la dinámica internacional que ha dado paso al resurgimiento del debate mundial pro gobernanza medioambiental²¹.

La incidencia creciente que podrían ir cobrando las propuestas de consulta popular sobre asuntos mineros exige de la Corte una tarea minuciosa, que ya se ha puesto en evidencia en la emisión de dos dictámenes recientes. La relevancia

¹⁸ Hernán Salgado Pesantes, *óp. Cit.*, 154.

¹⁹ Miguel Ángel Garcés Villamil y William Gabriel Rapalino Bautista. "La consulta popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras". *Justicia Juris*, No. 1(1) (2015): 61.

²⁰ Dania Estefanía Velandia Navas, Fray David Amaya Callejas, Karla Karolina Granados Camacho. "Las consultas populares mineras como mecanismos jurídicamente idóneos para prohibir la minería en las entidades territoriales". *Universidad Cooperativa de Colombia*, 2020: 8. Ver también: Luis Enrique Castro Ayala y Tania Esperanza Guzmán Pardo. "La consulta popular, ¿mecanismo de participación ciudadana para determinar el uso del suelo rural en el municipio de Cabrera (Cundinamarca)? *Pontificia Universidad Javeriana*, (2019).

²¹ Angélica Rodríguez Rodríguez y Carlos Enrique Guzmán Mendoza. "Conflicto socioambiental y consulta popular en Colombia, 2013-2017". *Regions and Cohesion*, No. 9(3) (2019): 94.

y complejidad de esta cuestión se puede constatar no solamente por el debate público generado, sino también al interior de la CCE por la emisión de un voto salvado y uno concurrente respecto de la decisión materia del presente artículo. Por ello, resulta de notable interés analizar más detenidamente los razonamientos esgrimidos por la Corte, tanto en su voto de mayoría como en los votos disidente y concurrente, y teniendo en cuenta el dictamen inmediatamente precedente.

3.- Regulación constitucional y legal de la consulta popular (plebiscito):

La regulación a nivel constitucional de la consulta popular ordinaria de carácter plebiscitario se encuentra prevista en los Arts. 61.4 y 104 de la CRE²², como un mecanismo de democracia directa, junto con la iniciativa popular normativa y la revocatoria del mandato. La consulta popular encuentra su soporte en el inciso segundo del Art. 1 de la CRE, de los denominados principios fundamentales, cuando dispone: *“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejercer a través de*

*los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”*²³ (énfasis añadido).

Del contenido del Art. 104 se desprende que la iniciativa de consulta popular puede tener origen tanto en determinadas instancias políticas (Presidente/a de la República y Gobiernos Autónomos Descentralizados-GADs), como de la ciudadanía, incluyendo en ellas a las personas ecuatorianas en el exterior²⁴. Asimismo, se puede diferenciar entre consultas de carácter nacional y local, y especialmente entre plebiscito y referéndum; sobre estas últimas, en consonancia con lo antes señalado, la Corte ha precisado la distinción en estos términos:

[L]a diferencia entre un referéndum y un plebiscito radica esencialmente a que en el primero se somete a consulta popular la aprobación de un texto normativo –o propuesta normativa-concreto, mientras que el segundo consulta una decisión sobre un tema de relevancia pública sin someter a aprobación un texto normativo definido²⁵.

En nota al pie a lo manifestado, la Corte a continuación también aclara que, *“Sin perjuicio de que el plebiscito implique de forma*

²² CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

²³ *Ibid.*, Art. 1.

²⁴ Algunos autores sostienen que la consulta popular debería ser un recurso que corresponda única y exclusivamente a la ciudadanía, como ocurre por ejemplo en Uruguay. Ver: Simón Pachano. *Democracia representativa y mecanismo de democracia directa y participativa*, Quito, ILDIS-FES (2010): 17.

²⁵ CCE. *Dictamen 2-19-CP/19*, 20 de junio de 2019: párr. 29.

posterior la aprobación o reforma de textos normativos; el resultado de un plebiscito puede tener incidencia jurídica y tomar dicha forma, por ejemplo, cuando se consulta sobre la necesidad de legislar o no sobre determinada materia”²⁶.

El Art. 104 contiene aspectos como la obligación de respaldo de firmas cuando la petición de consulta popular tiene origen en la ciudadanía; estableciéndose que no puede ser inferior al 5% de personas inscritas en el registro electoral cuando sea de carácter nacional, y de no menos del 10% cuando sea de carácter local. Para el caso de ciudadanos en el exterior, el requisito es del 5% de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial. Se observa en consecuencia que cuando la iniciativa proviene del Presidente/a o de los GADs no procede este requisito de recolección de firmas, conocido como de *“legitimación democrática”*.

En cuanto a los límites en los temas a convocar a consulta popular, el penúltimo inciso del Art. 104, exceptuando al Presidente/a de la República, establece que tanto los

GADs como la ciudadanía no puede solicitar la convocatoria cuando se refiera a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución.

A nivel legal y para el caso que nos corresponde, la regulación de la consulta popular ordinaria de carácter plebiscitario la encontramos en la LOPC²⁷ (Arts. 5, 19, 20 y 21) y la LOEOP²⁸ (Arts. 182, 184, 195 y 198). A nivel infra-legal, existen regulaciones en el Reglamento para el ejercicio de la democracia directa a través de la iniciativa popular normativa, consultas populares, referéndum y revocatoria del mandato²⁹, emitido por el CNE (Arts. 5-7, 12, 19-25, innumerado inserto a continuación del Art. 25, 26-39).

De las disposiciones mencionadas se merecen destacar aspectos como la inclusión –a más de las establecidas en la CRE-, del gasto público como elemento que limita el objeto de una convocatoria a consulta popular plebiscitaria, tanto por iniciativa de los GADs como de la ciudadanía (Arts. 20 y 21 de LOPC); los requisitos de votación para la aprobación de la

²⁶ *Ibidem*. De lo anotado, un ejemplo sería cuando en la pregunta de consulta plebiscitaria realizada el 4 de febrero de 2018, sobre la derogatoria a la denominada Ley Orgánica para evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos (Ley de Plusvalía), se estableció la obligación del Presidente/a de presentar un proyecto de ley de carácter económico urgente a la Asamblea Nacional que acogiera dicha derogatoria, en caso de pronunciamiento favorable del electorado.

²⁷ LOPC. Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril de 2010.

²⁸ LOEOP. Registro Oficial Suplemento 578, 27 de abril de 2009.

²⁹ Reglamento para el ejercicio de la democracia directa del Consejo Nacional Electoral. Registro Oficial Suplemento 513, 2 de junio de 2015.

consulta popular plebiscitaria: mitad más uno de los votos válidos emitidos (Art. 198 de la LOEOP); límite de gasto electoral en la campaña (Art. 210 de la LOEOP); y, la condición de sujeto político del proponente de la consulta popular (disposición general séptima de la LOEOP).

En cuanto a la fase propia del control de constitucionalidad por parte de la Corte, las regulaciones a nivel constitucional las encontramos en los Arts. 104, inciso final, y 438.2 de la CRE. En razón de lo expuesto en estas normas podemos extraer como característica el de ser previo y vinculante. En cuanto a ser previo -en razón de su oportunidad- el control radica en que la ciudadanía no sea preguntada en una consulta popular usando cuestionarios que pudieran contradecir los postulados constitucionales. En cuanto a lo vinculante, se refiere a la fuerza obligatoria de cumplimiento de los fallos que llegare a emitir la CCE en su acción de control.

A nivel legal, la LOGJCC en el Art. 127 establece una derivación del trámite, en cuanto a los términos y condiciones, a los mismos que constan en el control constitucional de la convocatoria a referéndum;

cuyo control, señala la mentada disposición, estará encaminado a *“garantizar la libertad de la electora o elector y la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas adoptar a través de este procedimiento”*³⁰. Esta derivación no ha estado exenta de dificultades que han obligado a la Corte hacer las debidas distinciones entre la consulta popular ordinaria y la que se realiza con motivos de cambios en la CRE:

Cabe aclarar que la consulta popular constituye una de las etapas que deben seguirse para instrumentalizar un proceso de asamblea constituyente y no pueden considerarse como equiparables. De hecho, ante un pedido de modificación constitucional, la actuación de la Corte Constitucional se efectúa de manera distinta en tres momentos concretos: (1) la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional; (2) el control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional, cuando este forme parte del procedimiento; y, (3) el control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada. Mientras que ante una propuesta de convocatoria a consulta popular ordinaria, la Corte Constitucional no requiere realizar una determinación de la vía, sino que procede de manera automática a emitir un dictamen previo y vinculante respecto del contenido de la convocatoria a consulta popular³¹.

Además, es necesario señalar que en la normativa en comento se establece la característica de que el control sea automático para la consulta popular ordinaria, entendiéndose por ello que se vuelve obligatorio de

³⁰ LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

³¹ CCE. *Dictamen 3-19-CP/19*, 1 de agosto de 2019: párr. 9 y 10.

efectuar por parte de la Corte, sin espacio para la discrecionalidad en el inicio de tal control. La derivación de la norma nos lleva a los Arts. 102 a 105 de la LOGJCC. El Art. 102 contiene los postulados generales y un elemento característico y definitorio del control constitucional de consulta popular, como es el de ser previo. El Art. 103 referente al control de la convocatoria contiene tres reglas que deben ser verificadas por la CCE, a saber: i) cumplimiento de reglas procesales, ii) competencia; y, iii) garantía plena de la libertad del elector y el cumplimiento, en particular de las cargas de claridad y lealtad; elementos estos últimos que forman parte del denominado control formal.

En cuanto a la garantía de la libertad del elector, conforme a lo señalado en el Dictamen 9-19-CP/19, tiene una doble dimensión: i) la neutralidad del poder público en el proceso electoral; y, ii) la obligación estatal de preservar la voluntad del elector³². Sobre la claridad y lealtad en un sentido general, la Corte expresó en su Dictamen 10-19-CP/19 lo siguiente:

[E]l requisito de claridad hace referencia a la comprensibilidad de la consulta popular, debiendo estar presente en todo el proceso deliberativo – en la formulación de los considerandos, de las

preguntas y de sus efectos- permitiendo con ello que el elector tenga plena libertad para decidir. Por su parte, la lealtad deriva de la responsabilidad del consultante frente al electorado, en tanto que la consulta popular debe permitir el ejercicio sustancial del derecho de participación, siendo esta transparente, neutra, viable, factible y dotada de contenido. De lo contrario, se convierte en una participación meramente formal que vacía de contenido al derecho de ser consultado y a participar en asuntos de interés público³³.

Sobre la claridad y lealtad a los considerandos de las preguntas, en el Dictamen 9-19-CP/19 la CCE sostuvo que, *“La claridad implica que los considerandos no deben inducir al error, no deben sugerir una respuesta, y deben mencionar las consecuencias de la aprobación o rechazo de la propuesta”*³⁴. En cuanto a lealtad, la Corte la conceptualiza de la siguiente manera:

[L]a exigencia de lealtad, desde una perspectiva individual, se orienta a procurar una reflexión auténtica, a través de considerandos y preguntas que permitan al elector manifestar su preferencia individual sobre el tema en cuestión. Desde una perspectiva colectiva, la lealtad busca generar un resultado final a partir de la agregación de elecciones individuales, sin distorsiones. La lealtad incluye la transparencia, en virtud de la cual se provee al elector de información suficiente y pertinente que le permita decidir³⁵.

En el Art. 104 se regula el control constitucional sobre los considerandos que introducen a las preguntas,

³² CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 48.

³³ CCE. *Dictamen 10-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 21.

³⁴ CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 49.

³⁵ *Ibíd.*, párr. 50.

señalándose los requisitos a verificarse por la CCE³⁶. Su sola inexistencia en la propuesta de convocatoria a consulta popular es razón suficiente para considerar la imposibilidad de realizar el control, y en consecuencia declarar su incumplimiento³⁷. En el Dictamen 10-19-CP/19, la Corte valora la importancia de los considerandos en las consultas mineras, manifestando expresamente lo siguiente:

Además, la exposición de considerandos no constituye un requisito puramente formal, sino que para garantizar la carga de claridad necesaria y para brindar libertad al elector debe, como mínimo, contener: Descripción objetiva de temas fácticos, espaciales, demográficos y técnicos relacionados al tema consultado; cifras oficiales y demás información que permita comprender la pregunta; el fin que persigue y la delimitación de los efectos de la consulta³⁸.

En el Art. 105 del mismo cuerpo legal, al referirse al control constitucional del cuestionario, debe tomarse en consideración para el caso de la consulta popular plebiscitaria lo establecido en los números 1 y 2, que en su orden, y para garantizar la libertad del elector o electora, requieren que

se cumpla con: “1. *Formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos*; y, 2. *La posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta. Se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque*”³⁹. Además, de conformidad a lo establecido en el encabezado del artículo en comento, éste se encuentra orientado a garantizar un elemento sustancial de la consulta, como es la libertad del elector o electora; aspecto ya establecido en la primera parte del núm. 3 del Art. 103 de la LOGJCC -en cuyo encabezado refiere a un control de orden formal-, junto con el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

En cuanto al trámite al interno de la CCE, la convocatoria a consulta popular debe seguir con la mayoría de las fases que tienen los procesos constitucionales, como es el sorteo, sustanciación, resolución en el pleno y seguimiento. En las reformas

³⁶ LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009: Art. 104: “Control constitucional de los considerandos que introducen la pregunta. - Para controlar la constitucionalidad de los considerandos introductorios, la Corte Constitucional verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. No inducción de las respuestas en la electora o elector; 2. Concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo. Esta concordancia comprende la relación entre las finalidades que se señalan en el considerando que introduce la pregunta y el texto sometido a consideración del pueblo; 3. Empleo de lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible para el elector; 4. Relación directa de causalidad entre el texto normativo sometido a aprobación del pueblo y la finalidad o propósito que se señala en el considerando que introduce la pregunta, de modo que una vez aprobada la disposición jurídica, la finalidad perseguida se obtenga con una alta probabilidad; y, 5. No se proporcione información superflua o ninguna otra que no guarde relación con el texto normativo a ser aprobado por el electorado”.

³⁷ CCE. Dictamen 2-19-CP/19, 20 de junio de 2019: párr. 19.

³⁸ CCE. Dictamen 10-19-CP/19, 17 de septiembre de 2019: párr. 28.

³⁹ En cuanto a los parámetros de control del cuestionario establecidos en los núm. 3 y 4 del Art. 105 de la LOGJCC, la Corte ha manifestado que procede exclusivamente para las consultas populares en modalidad referéndum. Ver: CCE. Dictamen 9-19-CP/19, 17 de septiembre de 2019: párr. 66.

introducidas al Art. 21 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte⁴⁰, se suprimió la fase de admisión de las peticiones de consultas populares. En consecuencia, luego del sorteo en el pleno de la CCE, la jueza o juez ponente debe emitir su proyecto de dictamen en el término de diez días; y el Pleno, máximo en un término similar, deberá resolverlo (inciso final del Art. 85 de la citada Codificación).

4.- Análisis del Dictamen 6-20-CP/20:

En este apartado se examinará sintéticamente el dictamen 6-20-CP/20, a la luz de los principios y normas constitucionales y considerando, tanto el voto salvado, como el dictamen 5-20-CP/20 emitido poco tiempo antes y que trató sobre la misma materia. Para el efecto, en primer lugar se analizará el control constitucional de los considerandos de la propuesta de consulta, para a continuación enfocar el estudio en el control formal y material de las preguntas.

4.1.- Análisis del dictamen: control constitucional de los considerandos:

Como se ilustró en el apartado anterior, el control de

constitucionalidad de una propuesta de consulta popular abarca también el de sus considerandos. Conforme lo ha señalado la Corte en su jurisprudencia precedente⁴¹, y lo ratifica en el Dictamen 6-20-CP/20, los considerandos de una propuesta de consulta popular deben entenderse como:

[T]extos introductorios, conceptos de apoyo o razones que motivan la consulta, mismos que tienen como función principal la de generar o brindar un contexto a la pregunta o preguntas que serán sometidas a consideración del elector. En este sentido, la forma de presentación de los considerandos sometidos al voto del pueblo debe garantizar el derecho de los electores a formarse un criterio razonablemente objetivo y a expresar libremente su opinión en el proceso eleccionario, protegiendo de esta manera la voluntad del elector... los considerandos deben contener elementos y evidencias que sustenten la necesidad de efectuar la consulta, descripción de temas fácticos, espaciales, demográficos y técnicos relacionados al tema consultado, así como cifras oficiales y demás información que permita comprender el motivo que impulsa a la consulta, el fin que se persigue y la delimitación de los efectos y repercusiones producto de la consulta, información que permitirá generar en el elector una transparencia conceptual materializando la libertad electoral⁴².

Con base en estas formulaciones, la CCE llevó a cabo el control de constitucionalidad de la propuesta de consulta popular sobre minería, materia del presente análisis. En tal virtud, la Corte dividió el análisis de

⁴⁰ Registro Oficial Edición Constitucional 67, 26 de marzo de 2019.

⁴¹ Ver Dictamen 5-20-CP/20 de 26 de agosto de 2020, y Dictamen 9-19-CP/19 de 17 de septiembre de 2019.

⁴² CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, 18 de septiembre de 2020: párr. 16 y 17.

los considerandos en dos grupos, en función de si los mismos cumplían o no con los requisitos previstos en la LOGJCC. Al respecto, resulta de particular relevancia que la Corte haya concedido dictamen favorable, aun cuando hubiera constatado que varios de los considerandos de la consulta no eran compatibles con las exigencias legales y constitucionales. Concretamente, en su Dictamen la CCE concluyó que:

[E]n situaciones en las que únicamente considerandos puntuales no son compatibles con el texto constitucional, con el fin de salvaguardar el derecho de participación reconocido por los artículos 61 y 95 de la CRE, es posible que la Corte Constitucional module y excluya las secciones que afectan la libertad del elector, siempre que no se altere el objeto y la secuencia lógica de la consulta⁴³.

Esta determinación contrasta con lo resuelto en el Dictamen 5-20-CP/20, emitido unas semanas antes, en el cual la Corte negó y archivó la solicitud de dictamen previo de constitucionalidad de la consulta popular, principalmente en razón de que los considerandos incumplían las exigencias de la LOGJCC. Particularmente, la CCE estimó que uno de los considerandos podía inducir a una respuesta afirmativa a

una de las preguntas de la consulta; y que en general los mismos no se referían a *“las medidas a adoptar”* que resultarían o no del plebiscito, lo que en su criterio impediría que los electores contaran con *“información suficiente que les permitiera decidir con responsabilidad sobre el tema puesto en su conocimiento”*⁴⁴.

Teniendo en cuenta este precedente, en el reciente Dictamen 6-20-CP/20 la Corte justificó esta aparente divergencia en su criterio, sosteniendo expresamente lo siguiente:

[A] diferencia de consultas populares previas, en las que la inconstitucionalidad de los considerandos planteados provocaba una pérdida de la secuencia lógica y desvirtuaba la finalidad de la consulta, en este caso la gran mayoría de los considerandos cumplen con los requisitos constitucionales y legales; por lo que, la supresión de considerandos puntuales no impide que se cumpla con el fin propio de la parte considerativa que contextualizar e informar al elector⁴⁵.

Esta cuestión, empero, fue precisamente sobre una de las cuales existió discrepancia en el seno del Pleno de la CCE. Es así que en el voto salvado de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez⁴⁶, se enfatiza que el incumplimiento de los parámetros del Art. 104 de la LOGJCC

⁴³ *Ibid.*, párr. 34.

⁴⁴ CCE. *Dictamen 5-20-CP/20*, 26 de agosto de 2020: párr. 20.

⁴⁵ CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, 18 de septiembre de 2020: párr. 35.

⁴⁶ CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, Voto salvado de las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, 20 de septiembre de 2020: párr. 9-12.

respecto de los considerandos de una propuesta de consulta popular, era razón suficiente para emitir un dictamen negativo, por lo que el análisis debía haber concluido en ese punto. En este sentido, cuestionan que la Corte haya modulado los efectos del considerando que aludía a los efectos en el tiempo de la consulta planteada, advirtiendo que con ello se estaría cambiando el sentido original del petitorio, especialmente de las preguntas formuladas. Finalmente, las juezas disidentes también consideraron que recurrir a un mapa meramente referencial para identificar las zonas donde podría tener efecto la prohibición pretendida por la consulta, resultaba contrario a la carga de claridad y lealtad al elector.

Por el contrario, en el voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría, se destaca que la Corte haya emitido dictamen favorable a pesar de haber encontrado que algunos considerandos no reunían los requisitos de la LOGJCC. Específicamente, se afirma lo siguiente:

Finalmente, el hecho de haber modulado el pedido para permitir el dictamen, me parece que es un buen ejemplo de una interpretación de un pedido conforme al mandato constitucional de interpretar los derechos del modo más favorable. De este modo, se evita aplicar concepciones formalistas del derecho, que,

por el incumplimiento de un requisito de forma que no afecta a su esencia, impiden el ejercicio y la garantía de derechos reconocidos constitucionalmente⁴⁷.

Volviendo a lo principal, en su voto vinculante la Corte estimó que, en primer lugar, la mayoría de los considerandos de la propuesta, esto es 57 de los 67 presentados, cumplían con los requisitos contemplados en la LOGJCC. En segundo lugar, la CCE analizó aquellos que estimó no cumplían con las exigencias legales. En tal virtud, primeramente aludió a cuatro de ellos en los cuales (7, 21, 25 y 51) se hacían afirmaciones que, en su criterio, tenían un carácter absoluto respecto a la presunta afectación medioambiental provocada por las actividades mineras; acotó la Corte que estas aseveraciones no contaron con el debido soporte fáctico. Por ello, la CCE declaró que tales considerandos eran inconstitucionales por no permitir al elector tener transparencia conceptual y libertad electoral, y además ser inductivos.

De igual manera, la Corte determinó que otros dos considerandos (30 y 43) inducían al elector a una respuesta y no empleaban un lenguaje valorativamente neutro, pues condicionaban la efectividad del régimen de desarrollo previsto en la CRE a necesariamente evitar todas

⁴⁷ CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, Voto concurrente del juez constitucional Ramiro Avila Santamaría, 18 de septiembre de 2020: párr. 17.

las actividades nocivas en fuentes de agua. Estimó también la CCE que dichos considerandos contenían aseveraciones generales y superfluas que no brindaban claridad y lealtad al elector.

En la misma línea de razonamiento, la Corte concluyó que tres considerandos adicionales (55, 57 y 62) también incumplían los requisitos legales y constitucionales, puesto que no contaban con el debido sustento técnico que acreditara su finalidad esencial. Específicamente, dichos considerandos incluían información que a criterio de la CCE no estaba fundamentada, aunque sin con ello desconocer la existencia de concesiones mineras en las áreas expuestas.

Por último, la Corte también desestimó el considerando 67, que aludía a que de ser favorable el resultado de la consulta, el ministerio del ramo tendría que notificar la correspondiente prohibición a los titulares de los derechos mineros para que se abstengan de realizar las actividades mineras eventualmente proscritas. La CCE concluyó que tal considerando era inconstitucional porque de su texto se desprendía la potencial implementación de acciones que no son propias de un GAD y con efectos indeterminados.

Asimismo, la Corte determinó que tal considerando planteaba de forma ambigua cuestiones sobre el alcance y temporalidad de la consulta, sin una redacción clara y prestándose a confusiones e interpretaciones disímiles.

Como quedó indicado, si bien en su voto de mayoría la CCE constató que diez considerandos no reunían los requisitos exigidos en la LOGJCC, declarando su inconstitucionalidad, de todas maneras emitió dictamen favorable para la propuesta de consulta popular. Este pronunciamiento marca un hito en la jurisprudencia de la Corte sobre control de constitucionalidad de consultas populares, ya que habilita el ejercicio de tal mecanismo de democracia directa por sobre la posible inobservancia en cuestiones bien concretas de determinadas exigencias legales, que no afectan la esencia del cuestionario y sus finalidades.

4.2.- Análisis del dictamen: control formal de las preguntas:

A efecto de controlar la constitucionalidad de la consulta popular, la CCE, como máximo intérprete jurídico de la CRE, realiza un examen formal para verificar que el cuestionario propuesto cumpla con los parámetros establecidos en los números 1 y 2 del Art. 105 de

la LOGJCC⁴⁸. Los requisitos legales especifican que las preguntas deben enfocarse en una única cuestión, salvo en casos de interrelación o interdependencia. Asimismo, la ley prohíbe que las preguntas consideren un rechazo u aprobación en bloque, pues el elector debe tener la libertad de reprobado o aceptar temas de manera individual. Así, la Corte es responsable de comprobar que las preguntas tengan claridad y lealtad, y que garanticen la libertad del electorado.

Igualmente, se destacan análisis previos desarrollados por la Corte en los dictámenes 9-19-CP/20 y 1-20-CP/20. En estos fallos, la CCE explicó que el cuestionario de la consulta popular debe estar conformado por preguntas cerradas que especifiquen sus ámbitos de aplicación e implementación⁴⁹, evitando ser ambiguas o generales. Además, la Corte hizo énfasis en que las preguntas compuestas no cumplen con el requisito de claridad, pues estas necesitan tener una descripción específica y objetiva, caso

contrario provocan confusión en el elector⁵⁰.

Por otra parte, en el Dictamen 5-20-CP/20, la Corte reiteró que **“no es posible agrupar las escalas de minería en una sola categoría por sus particularidades y diferencia”**⁵¹ (énfasis añadido). Incluso, refiriéndose a la pregunta propuesta para el plebiscito, explicó que **“(…) los electores tendrían que decidir respecto de cuatro escalas de minería en una misma pregunta, lo que supone una única decisión sobre diversos asuntos, excluyendo que los electores, por ejemplo, manifiesten su acuerdo con la minería artesanal y su desacuerdo con la minería de gran escala”**⁵² (énfasis añadido); criterio compartido en el voto concurrente suscrito por la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez⁵³.

Siguiendo los parámetros establecidos en la LOGJCC y en la jurisprudencia previa de la CCE, se realizó el control formal del Dictamen 6-20-CP/20, dividiendo a las preguntas según sus similitudes en estructura,

⁴⁸ LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009: Art. 105: *“Control constitucional del cuestionario. Para garantizar la libertad del elector o electora, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario sometido a votación cumpla, entre otros, con los siguientes parámetros: 1. La formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos; 2. La posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta. Se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque”*.

⁴⁹ CCE. Dictamen 9-19-CP/19, 17 de septiembre 2020: párr. 63-64.

⁵⁰ CCE. Dictamen 1-20-CP/20, 21 de febrero 2020: párr. 42-43.

⁵¹ CCE. Dictamen 5-20-CP/20, 26 de agosto 2020: párr. 22.

⁵² *Ibid.*, párr. 23

⁵³ Ver Dictamen No. 5-20-CP/20, Voto concurrente de la jueza Teresa Nuques: párr. 16.

alcance y contenido. Así, la Corte efectuó su análisis en dos secciones: i) las preguntas 1, 2, 3 y 4 relacionadas con la explotación minera a gran escala; y, ii) la pregunta 5 relacionada con la explotación minera de mediana escala⁵⁴. La Corte destacó que cada pregunta tenía una redacción individual, que delimita la localización y una escala de minería específica, por lo que concluyó que todas las preguntas propuestas cumplieron con los requisitos necesarios. Además, con el fin de evitar generalizaciones, la Corte se refirió al término “*explotación minera*”, utilizado en todas las preguntas del cuestionario, y explicó que en el Dictamen 1-20-CP/20 se determinó que el término incluye a las fases de: prospección, exploración y explotación, pues todas están interrelacionadas⁵⁵.

4.3.- Análisis del dictamen: control material de las preguntas:

Con relación al control material y su evolución en la jurisprudencia de la CCE, seguimos lo indicado por Esteban Polo Pazmiño⁵⁶, quien identifica en el Dictamen 001-DCP-CC-2011 un primer momento en

donde la Corte Constitucional para el periodo de transición excluyó realizar un control material previo, dejando a salvo la posibilidad de un control posterior abstracto a las disposiciones jurídicas que resultarían en caso de que una consulta fuera favorable. Este criterio fue reiterado en el Dictamen 001-11-DCP-CC. Posteriormente, en el Dictamen 001-13-DCP-CC la Corte, a más del control formal, empieza a efectuar un control material del contenido de las preguntas que forman parte de una convocatoria a consulta popular⁵⁷.

Así las cosas, la actual Corte Constitucional ha fortalecido el control material del cuestionario de una consulta, delineándolo en sus fallos, como se desprende de lo señalado en el Dictamen 9-19-CP/10, que concretamente determina lo siguiente:

El control material... hace relación a que el petitorio que se formula no incurra en prohibiciones o violaciones constitucionales, ni reformen la Constitución en tanto para ello existen procedimientos específicos para tal efecto... corresponde al control material el análisis caso a caso del régimen de competencias y la aplicación del artículo 407 de la Constitución, relativo a áreas en que se prohíbe la minería metálica⁵⁸.

⁵⁴ CCE, *Dictamen 6-20-CP/20*, 18 de septiembre 2020: párr. 40.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 43.

⁵⁶ Esteban Polo Pazmiño, “El ámbito del control constitucional sobre la convocatoria a consulta popular en el Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional La consulta popular y sus implicaciones No.2*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (2018): 84 y 85.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 13.

También por su importancia, destacamos lo establecido por la CCE en el Dictamen 5-20-CP/20, en donde textualmente se manifestó lo siguiente:

Para el control de constitucionalidad de una convocatoria a consulta popular, el citado inciso primero del art. 127 de la LOGJCC se remite... a las normas de validación atinentes a la convocatoria a *referendos* de modificación... Dicha disposición subordina la aplicación –por remisión– de aquellas normas de validación al cumplimiento de dos finalidades, a saber: (i) la de asegurar la libertad del elector... y (ii) la de asegurar la constitucionalidad de una de estas dos cosas: o bien, (ii.a) de “las disposiciones jurídicas” propuestas, en el caso de que la consulta popular consista en un referendo, o bien, (ii.b) de “las medidas a adoptar”, en caso de pronunciamiento afirmativo del cuerpo electoral, cuando la consulta popular consista en un *plebiscito*... la aplicación de las referidas normas de validación recae sobre tres objetos: (i) los considerandos que introducen la pregunta (art. 104 de la LOGJCC), (ii) el cuestionario (art. 105 de la LOGJCC) y (iii) “las disposiciones jurídicas” o “las medidas a adoptar”, según la consulta popular consista en referendo o en plebiscito, respectivamente, lo que excluye del control de constitucionalidad a los antecedentes y a la exposición de motivos de la propuesta. En la práctica jurisprudencial de la Corte, al control de los dos primeros objetos se le ha llamado “formal” y al relativo al tercer objeto, “material”... Ambos tipos de control persiguen, respectivamente, las dos finalidades sustanciales antes señaladas: el examen *formal*, la finalidad de garantizar la libertad del elector; y el examen *material*, la constitucionalidad de “las disposiciones jurídicas” o de las “medidas a adoptar”, según corresponda a un referéndum o a un plebiscito⁵⁹.

En cuanto al control material referente a prohibiciones o violaciones constitucionales, conforme se dejó indicado líneas arriba, estas consisten en no realizar consultas, tanto respecto a los GADs como a la ciudadanía, de temas relacionados a tributos o a la organización político administrativa del país. Del contenido de la solicitud de convocatoria resuelta en el Dictamen 6-20-CP/20, se observa que el GAD del cantón Cuenca no transgredió tales prohibiciones o prescripciones constitucionales. A lo manifestado se suma lo que la Corte manifestó en su momento acerca de las consultas populares sobre minería, respecto a que no existe, “*en principio ninguna disposición jurídico-constitucional orientada a prohibir consultas populares, de forma total o absoluta, sobre actividades mineras*”⁶⁰.

Esta última afirmación de la Corte -en voto de mayoría- deja en claro que, siendo viable la consulta popular plebiscitaria acerca de actividades mineras, no podría ser considerada como un posible “*fraude a la Constitución*”⁶¹, bajo el argumento de que una nueva y posible restricción o prohibición a la actividad minera requeriría necesariamente de una modificación constitucional. Empero,

⁵⁹ CCE. *Dictamen 5-20-CP/20*, 26 de agosto de 2020: párr. 10-12.

⁶⁰ CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 31.

⁶¹ Se entiende este concepto en los términos de hacer uso de una disposición o vía constitucional no adecuada para la consecución de fines diversos, desconociendo con ello la regulación constitucional idónea y aplicable.

en este punto es importante abordar el voto salvado emitido en conjunto por las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, para quienes la consulta minera propuesta por el GAD del cantón Cuenca debía seguir el trámite de reforma constitucional, concretamente conforme al Art. 407 de la CRE.

Como se señala en el referido voto salvado, en dicha disposición constitucional se incluyen las prohibiciones extractivas de recursos no renovables, entre ellas la minería, en determinadas áreas en donde en forma excepcional para el caso de áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles, el o la Presidente/a de la República puede solicitar su explotación previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional. En cuanto a las prohibiciones absolutas, se indica en el voto salvado que a más de la constante en el penúltimo inciso del Art. 57 de la CRE -territorios de los pueblos en aislamiento voluntario-, constan las agregadas por la consulta popular llevada a cabo el 4 de febrero de 2018; como son, para el caso concreto de la minería metálica, los centros urbanos y las zonas intangibles.

Por otro lado, al realizar el control material a las preguntas de la convocatoria, la Corte en su voto de mayoría lo hace también considerando las “*medidas a adoptar*”. En este sentido, la CCE aborda en primer lugar lo atinente a que el tema propuesto sea de interés para la jurisdicción consultante, en este caso del GAD del cantón Cuenca, advirtiendo que:

[E]l pronunciamiento de los habitantes de Cuenca sobre la minería metálica en zonas de recarga hídrica específicas, sí concierne al interés de su jurisdicción en vista de que los efectos que dicha actividad podrían tener una repercusión directa sobre el uso y aprovechamiento del agua en el cantón. No obstante, esto no implica una carta blanca para el GAD municipal consultante, pues existen límites a lo que se puede consultar que se encuentran fijados por los derechos y principios consagrados en la Constitución⁶².

En segundo lugar, la CCE hace el control en relación al principio constitucional de la seguridad jurídica, reconociendo que la participación de la ciudadanía es importante en la medida que altera los “*elementos de certeza y previsibilidad sobre el ordenamiento jurídico y las reglas de juego aplicables*”⁶³. Para ello, la Corte establece los efectos del Dictamen en el tiempo, disponiendo que lo resuelto solo podría tener efectos hacia el futuro, descartando en consecuencia una aplicación retroactiva y que pudieren afectar la carga necesaria de

⁶² CCE. *Dictamen 6-20-CP/20*, 18 de septiembre de 2020: párr. 54.

⁶³ *Ibid.*: párr. 59.

claridad y lealtad que las preguntas deben poseer.

En tercer lugar, la Corte se ocupa sobre la implementación de la consulta y el régimen de competencias. Sobre este punto hay que mencionar, como bien lo hace la CCE, que el contenido mandatorio del Art. 105 de la CRE, referente a la obligatoriedad e inmediato cumplimiento del pronunciamiento popular para el caso de la revocatoria del mandato mediante consulta popular, es plenamente aplicable a los resultados de la consulta plebiscitaria minera:

Como ya se mencionó, la presente consulta popular constituye un plebiscito, cuestión que implica la existencia de un proceso deliberativo de la ciudadanía sobre un tema de relevancia pública e interés para la jurisdicción que, en caso de ser aprobado, es de *“obligatorio e inmediato cumplimiento”* para las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales⁶⁴.

Asimismo, la Corte esclarece que de ser favorable la consulta, esta no puede ampliar o modificar el régimen de competencias de cada nivel de gobierno, y que debe entenderse como un afianzamiento de las responsabilidades en la implementación de sus resultados de

forma coordinada y complementaria, como consecuencia de sus atribuciones competenciales⁶⁵. En definitiva, la CCE reitera lo expresado en un fallo anterior (Dictamen 9-19-CP/19) al reconocer que, en cuanto al régimen de competencias de cada nivel de gobierno, existen atribuciones relacionadas y actividades de colaboración y complementariedad de los GADs que necesariamente inciden sobre la gestión de los recursos minerales por parte del Estado central⁶⁶.

Igualmente, dentro del Dictamen 6-20-CP/20 objeto del presente análisis, la Corte considera concretamente que, *“el incumplimiento de los mandatos legales por parte de las instituciones competentes no puede constituir una traba o limitante permanente que afecte los derechos de participación”*⁶⁷. La CCE razona así en virtud del incumplimiento por parte de la Autoridad Única del Agua de la obligación legal de identificar y delimitar mediante resolución motivada las zonas de recarga hídrica, situación que a criterio de la Corte ha podido ser resuelta momentáneamente a través del mapa de coordenadas elaborado

⁶⁴ *Ibíd.*: párr. 62.

⁶⁵ *Ibíd.*: párr. 62 y 68.

⁶⁶ CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019.

⁶⁷ *Ibíd.*: párr. 75.

por la empresa municipal ETAPA EP, y que servirá de información referencial para el plebiscito⁶⁸.

No cabe duda que en su interpretación favorable a la consulta, existen elementos en juego como el principio general pro homine, que

establece que las limitaciones al objeto de la consulta popular deben interpretarse de forma restrictiva y con una argumentación adecuada, esto con la finalidad de no violar o imposibilitar el derecho de participación de la ciudadanía⁶⁹.

Conclusiones:

La consulta popular constituye uno de los mecanismos fundamentales de la democracia directa, que, como se ha señalado, es en la actualidad un componente cada vez más presente en la mayoría de regímenes democráticos del mundo. El Ecuador no es la excepción, y su Constitución prevé la posibilidad de ejercer los derechos de participación a través de las diversas modalidades de consulta, entre ellas la plebiscitaria. Asimismo, estos dispositivos participativos pueden ser activados tanto por la ciudadanía como por las propias instituciones del Estado, incluyéndose entre ellas los gobiernos autónomos descentralizados.

Dentro de este marco conceptual y constitucional, la celebración de plebiscitos sobre asuntos mineros se ha hecho cada vez más frecuente. En este sentido, el Dictamen 6-20-CP/20 ha marcado un punto de quiebre en la jurisprudencia de la Corte, por haber sido favorable, incluso por encima de ciertos incumplimientos observados en algunos considerandos de la propuesta. La relevancia e impacto de este pronunciamiento se evidencia en las discrepancias surgidas al interior del Pleno de la CCE, que resultaron en la emisión de un voto salvado. En todo caso, a más del fructífero debate teórico y académico que este fallo ostensiblemente generará,

⁶⁸ Este es otro aspecto sobre el cual difiere el voto salvado conjunto de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez (párr. 9 y 13), quienes consideran que la consulta propuesta sí afectaría a las cargas de claridad y lealtad, pues todas las preguntas *“utilizan esta irregular demarcación como referencia de la ubicación de las zonas de recarga hídrica”*. En la misma línea argumental, remarcan que también se afectaría a un requisito esencial de las consultas populares, como es el tener efecto jurídico cierto.

⁶⁹ CCE. *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019: párr. 38.

se destaca la labor minuciosa de la Corte al efectuar un control integral de constitucionalidad.

En definitiva, se constata que las competencias exclusivas del gobierno central en lo atinente a la gestión de los recursos estratégicos, entre los que se incluye la minería como recurso natural no renovable, no es óbice para su armonización y complementariedad con mecanismos de democracia participativa y directa, como la consulta popular. A través de esta vía constitucional, la ciudadanía, tanto a nivel local como nacional, pueda manifestar directamente su opinión, de manera oficial, en cuanto a la visión de desarrollo que válidamente se puede adoptar en un territorio; y en consecuencia, conciliar sus diversos intereses con las de una determinada actividad económica, como puede ser la explotación minera.

El control constitucional del Estado de Excepción por la pandemia COVID-19 por parte de la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo, Valeria Garrido Salas.

1. Introducción:

El 11 de marzo de 2020 el director de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) hizo un llamado a los países para que adoptaran medidas urgentes y agresivas que respondieran a la pandemia ocasionada por COVID-19, un virus con altos niveles de propagación presente en 114 países del mundo¹. Con este antecedente, el 16 de marzo de 2020, mediante Decreto Ejecutivo No. 1017, el Presidente de la República del Ecuador declaró *“estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados”*². Dado que en los últimos meses el país ha atravesado por esta emergencia sanitaria, se ha requerido la renovación del estado de excepción ante la necesidad de medidas que no podían ser aplicadas dentro de

un régimen constitucional ordinario, pues implicaban la limitación, principalmente, de los derechos a la libertad de tránsito, asociación y reunión.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte), cumpliendo las exigencias previstas en los Arts. 166 y 436.8 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), ha emitido varios dictámenes de control de constitucionalidad³ durante el avance de la pandemia en el país. En un inicio, las decisiones de la Corte estuvieron enfocadas en el control formal y material de los decretos ejecutivos, recalcando la importancia de la protección y garantía de los derechos suspendidos en el régimen excepcional; motivo por

¹ OMS, “Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19”. Última actualización: 30 de julio de 2020. En: <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>.

² Decreto Ejecutivo No. 1017, Registro Oficial 163, 17 de marzo de 2020: Art. 1.

³ Dictámenes constitucionales: 1-20-EE del Decreto Ejecutivo No.1017; 1-20-EEA del Decreto Ejecutivo No.1019; 2-10-EE del Decreto Ejecutivo No. 1052; 3-20-EE del Decreto Ejecutivo 1074; y, 5-20-EE del Decreto Ejecutivo No. 1126.

el cual, los tres primeros dictámenes fueron aprobados por unanimidad. Se destaca que, a partir de la renovación de la primera declaratoria de estado de excepción, la Corte expresó la necesidad de superar la pandemia mediante un régimen constitucional ordinario⁴.

Aun así, el Gobierno Nacional emitió una segunda declaratoria de estado de excepción; decisión que fue aprobada como constitucional por la CCE en el Dictamen 3-20-EE/20, con dos votos concurrentes y tres votos salvados. No obstante, en la renovación de esta segunda declaración la Corte decidió, por unanimidad, no admitir una nueva declaratoria de estado de excepción sobre los mismos hechos de calamidad pública que resultaron de la pandemia. Para garantizar un periodo de transición adecuado, la CCE ordenó al Ejecutivo, en coordinación con las autoridades nacionales y seccionales, adoptar las medidas normativas y políticas públicas necesarias para enfrentar la crisis sanitaria mediante herramientas ordinarias⁵.

El presente artículo se centra en el análisis de las acciones constitucionales derivadas a partir de la declaración de estado de excepción

causada por la pandemia de la COVID-19 en el Ecuador. Para el efecto, se realizará una breve descripción conceptual del estado de excepción y sus implicaciones constitucionales. A continuación, el análisis se enfocará en el caso concreto de la pandemia y sus repercusiones. Seguidamente, se hará referencia a los decretos de estado de excepción emitidos por el Ejecutivo; para posteriormente analizar el control constitucional desarrollado por parte de la Corte. Además, se hará mención de otras acciones constitucionales resueltas en el marco del estado de excepción, y se presentarán las conclusiones del análisis.

2. Conceptualización y delimitación normativa y jurisprudencial del estado de excepción:

Los estados de excepción son sin lugar a dudas uno de los aspectos que más pueden poner en tensión la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En el contexto ecuatoriano, el diseño constitucional actual somete a esta figura a los condicionamientos que nacen principalmente de la CRE (Arts. 164, 165, 166 y 436.8), LOGJCC (Arts. 119-125), LOFJ (Arts. 45 y 46); y, Ley de

⁴ Ecuador Corte Constitucional, *Dictamen No. 2-20-EE/20*, 22 de mayo de 2020: párr. 26.

⁵ CCE, *Dictamen No. 5-20-EE/20*, 4 de septiembre de 2020: 35-36.

Seguridad Pública y del Estado (en adelante, LSPE) (Arts. 28-41); esta última precisamente define en el Art. 28 al estado de excepción como, *“la respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado. El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración”*⁶.

Al tenor de lo dispuesto en el Art. 164 de la CRE⁷, la persona que ejerce la jefatura de gobierno está facultada para decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él, por los siguientes motivos: a) agresión; b) conflicto armado internacional o interno; c) grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Tal declaratoria, de acuerdo al citado artículo, deberá observar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Asimismo, es requisito indispensable que en el decreto respectivo conste la determinación de la causal y su motivación, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas a aplicarse, los derechos a suspenderse o limitarse, y

las notificaciones que correspondan a los correspondientes organismos.

Igualmente, de conformidad con el Art. 165 de la CRE⁸, durante un estado de excepción únicamente se podrá suspender o limitar el ejercicio de los siguientes derechos: inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos señalados en la propia Constitución.

Entre las medidas constitucionalmente admisibles se incluyen las siguientes: recaudación anticipada de tributos; uso de fondos públicos destinados a otros fines (excepto los correspondientes a salud y educación); traslado de la sede de gobierno; censura previa a medios de comunicación respecto de los asuntos relacionados con el estado de excepción y la seguridad del Estado; establecimiento como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional; empleo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y personal de otras instituciones; cierre o habilitación de puertos, aeropuertos

⁶ Ecuador, *Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial Suplemento 35, 28 de septiembre de 2009.

⁷ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁸ *Ibidem*.

y pasos fronterizos; movilización y requisiciones que sean necesarias.

Como se puede constatar, el estado de excepción implica la atribución de facultades extraordinarias a la persona que ejerce la jefatura de gobierno del Estado ecuatoriano. Es por ello que su declaratoria procede exclusivamente en los casos extremos taxativamente previstos en la CRE. En este sentido, el Prof. Julio César Trujillo la conceptualiza de la siguiente forma:

Los estados de excepción son situaciones en las que el Poder Ejecutivo no puede salvar la seguridad externa o el orden público con las facultades ordinarias que la Constitución y las leyes le atribuyen y, por lo mismo, necesita para el efecto potestades extraordinarias hasta que los peligros sean conjurados⁹.

De allí que la necesidad de declarar un estado de excepción esté supeditada a la insuficiencia de las facultades ordinarias para atender y solucionar una situación altamente riesgosa. Esto se encuentra además corroborado por el origen histórico de esta figura, que como explica Pardo Martínez, puede remontarse a la del *dictador* romano, entendido de la siguiente manera:

El dictador rompía la estructura tradicional o normal del Estado a efectos de protegerlo, y se instituía en razón a condiciones justificadas, derivadas de hechos o condiciones anormales, en especial por problemas de orden público; por ello su legitimidad devenía de una necesidad sobreviniente reconocida y urgente, la cual no podía conjurarse o resolverse por las autoridades regulares existentes. Su función era *pro tempore*, pues se restringía a un tiempo determinado que no podía exceder de seis meses¹⁰.

En tal virtud, se investía de poderes extraordinarios a un personaje externo al gobierno en funciones para que restableciera el orden ante circunstancias de extrema gravedad. Tales facultades implicaban la posibilidad de suspender libertades ciudadanas y ejercer poderes omnímodos, a fin de implementar las medidas necesarias para remediar la situación.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la gravedad que implica la declaratoria de un estado de excepción ha conllevado la necesidad establecer limitaciones y controles rigurosos. Esto ha tenido como antecedente un historial negativo en el ámbito latinoamericano, en el que a lo largo de las décadas pasadas se cometieron una serie de excesos a través del uso indiscriminado del

⁹ Julio César Trujillo. "Teoría del Estado en el Ecuador. Estudios de Derecho Constitucional". Segunda Edición. *Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional*. Quito (2006): 202.

¹⁰ Orlando Pardo Martínez. "Los estados de excepción en el constitucionalismo evolucionario: el caso colombiano". *DIXI*, 14 (2011): 73.

estado de excepción. Como señala el Prof. Hernán Salgado Pesantes:

En el Ecuador, como en otros países de Latinoamérica, los estados de excepción han significado un grave atropello a los derechos y a sus garantías... Esta dura realidad llevó al constitucionalismo ecuatoriano a buscar esquemas que puntualicen con la mayor precisión los casos que permiten la declaración del estado de excepción, así como las atribuciones que pueden ser conferidas al presidente de la República¹¹.

Consecuentemente, la Constitución ecuatoriana ha establecido causales expresas y una serie de requisitos ineludibles para la plena validez de una declaratoria de estado de excepción, como se mencionó anteriormente. En este sentido, se debe recordar que el *telos* del constitucionalismo en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia es la protección de los derechos y garantías como forma de control al poder. Para tal efecto, un elemento central en el accionar de la CCE es la facultad de ejercer control constitucional sobre el Ejecutivo, cuando implementa medidas extraordinarias en el marco de un estado de excepción.

Además, de conformidad con el Art. 166 de la CRE, el respectivo decreto debe ser notificado a la Asamblea

Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda, dentro de las 48 horas siguientes a su suscripción. Igualmente, la citada norma establece un plazo máximo de 60 días para la vigencia de una declaratoria, pudiendo renovarse hasta 30 días más si las causas que la motivaron persistieran. Finalmente, la Asamblea Nacional está facultada a revocar el decreto en cualquier momento.

Las referidas disposiciones constitucionales guardan también consonancia con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que en su Art. 27 establece que:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social¹².

En tal virtud, la citada disposición convencional proscribe la suspensión de los siguientes

¹¹ Hernán Salgado Pesantes. "Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales". Quito (2004): 189.

¹² *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

derechos: reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, legalidad y retroactividad, conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, nacionalidad y derecho políticos; así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Igualmente, sobre la base de las reglas jurisprudenciales sentadas tanto por el Sistema Europeo como el Interamericano de Derechos Humanos, Despouy apunta que los estados de excepción deben cumplir con los siguientes principios: legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, y compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado expresamente sobre los alcances del estado de excepción, especialmente respecto de la prohibición de suspensión de determinados derechos y garantías. Concretamente,

en su Opinión Consultiva 9/87, dicho tribunal sostuvo que:

Del artículo 27.1 [de la Convención]... se deriva la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella... debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia - cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno - no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia¹⁴.

Como se puede observar, la Corte IDH ha enfatizado la inderogabilidad de las garantías judiciales en el marco de un estado de excepción. De modo más general, el referido organismo jurisdiccional expresó en su Opinión Consultiva 8/87, lo siguiente:

La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben

¹³ Cfr. Leandro Despouy. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. Universidad Nacional Autónoma de México (1995): 25-45, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9086>.

¹⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-9/87*, 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9: párr. 21 y 25.

ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada¹⁵.

Por consiguiente, la limitación o suspensión de ciertos derechos a través de las medidas adoptadas en el marco de un estado de excepción, se encuentra sujeta a una serie de exigencias y restricciones jurídicas. En esta misma línea de razonamiento, en el caso *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, el citado tribunal interamericano manifestó explícitamente que:

Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, 'en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación'. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria¹⁶.

En el ámbito internacional, cabe también aludir al Art. 4 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ (PIDCP), sobre los estados de excepción; así como la Observación General número 29 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en lo principal determina que:

Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción¹⁸.

En definitiva, la declaratoria de estado de excepción se encuentra supeditada a la estricta observancia de normas y estándares internacionales de derechos humanos; y con ello, se verifica la regularización en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como respecto de las decisiones y recomendaciones

¹⁵ *Ibíd.*, *Opinión Consultiva OC-8/87*, 30 de enero de 1987, Serie A No. 8: párr. 24.

¹⁶ *Ibíd.*, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 166: párr. 47.

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

¹⁸ Observación General No. 29. Estados de emergencia, 31 de agosto de 2001, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>.

emitidas por los órganos que ejercen control¹⁹.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la declaratoria de estado de excepción se encuentra sujeta a un estricto control constitucional por parte de la Corte Constitucional. Específicamente, de conformidad con el Art. 436.8 de la CRE, corresponde a dicho organismo, *“Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”*²⁰. El papel que adopta la Corte en este sentido es diferente a la del control político que puede válidamente llegar a ejercer la Asamblea Nacional. El control que ejecuta la Corte se enfoca, entre otros aspectos, en las facultades extraordinarias de las que dispone el Ejecutivo, en especial cuando estas impliquen la suspensión o limitación de derechos y garantías constitucionales.

Con base en esta determinación, la LOGJCC regula y desarrolla el procedimiento y objetivos de este control. Es así que el Art. 119 de

dicho cuerpo legal establece que el control constitucional de los estados de excepción tiene como finalidad, *“garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”*²¹. Asimismo, la citada disposición determina que la Corte llevará a cabo un control tanto formal como material del respectivo decreto y de los que se dictaren con fundamento en él. Las subsiguientes normas de la LOGJCC especifican en qué consiste cada uno de esos tipos de control constitucional, así como lo atinente a las medidas que se adoptaren con base en la declaratoria de estado de excepción.

3. Reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre los estados de excepción en el marco de la pandemia provocada por la COVID-19:

La respuesta de los Estados a la pandemia provocada por la COVID-19 ha significado la declaratoria de estados de excepción, con el propósito de permitir el ejercicio de facultades extraordinarias para atender una situación extremadamente difícil e

¹⁹ Agustín Grijalva, Elsa Guerra y Dunia Martínez, “Límites constitucionales al poder ejecutivo”. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Derechos Humanos y Justicia Constitucional. Ensayos en Honor del Prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015): 101.

²⁰ CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

²¹ LOGJCC, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009.

inédita. Sin embargo, esto ha podido también generar inquietudes en torno a la vigencia del Estado de Derecho y la protección de derechos y garantías constitucionales. En este sentido, Cajas Sarria explica que, *“las experiencias comparadas de más de cien países que han dictado medidas de excepción, la mayoría con confinamientos y cuarentenas, nos muestran en general limitaciones a los derechos, libertades y garantías que suponen desafíos a los Estados constitucionales; y en muchos casos, también a la democracia”*²². Asimismo, como señala Estupiñán:

‘El Estado de derecho no está en cuarentena’, pero las diversas figuras jurídicas y medidas económicas y sociales adoptadas por los diferentes Estados del mundo para enfrentar la emergencia sanitaria o pandemia, han minado aún más la fragilidad de este gran propósito constitucional y democrático. Para América Latina, la fragilidad ya consabida de sus Estados se ha agravado en los últimos meses. La excepción o el estado de emergencia en escenarios de vulnerabilidad política, económica y social, terminaron por exacerbar los poderes ya desequilibrados en fase de normalidad y desdibujar el equilibrio de poderes y los controles políticos²³.

Por estos motivos, el control constitucional de los estados de

excepción ha enfrentado retos importantes, considerando que la gravedad de las circunstancias ha requerido un óptimo balance entre la necesidad de contener la pandemia y sus efectos nocivos, y garantizar los derechos humanos. En este sentido, como indican Crespo y Beck, la pandemia ha traído consigo la necesidad de proponer nuevas ideas y conceptos con el fin de dar respuesta a futuras situaciones excepcionales que pueden constituir una amenaza para los seres humanos y el Estado; sin embargo, tales propuestas no deben desatender la importancia de la Constitución, los controles, balances y límites, así como el respeto a la libertad²⁴.

Estas cuestiones no han sido ajenas a los órganos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al que pertenece el Ecuador desde hace varias décadas, particularmente de la Corte IDH²⁵. Específicamente, dicho organismo jurisdiccional emitió una Declaración el 9 de abril de 2020 en la que, entre otras cosas, señaló lo siguiente:

²² Mario Alberto Cajas Sarria. “Apuntes sobre la emergencia, la excepción y la Constitución a propósito de la pandemia de la Covid-19”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 371 (2020): 343.

²³ Liliana Estupiñán Achury. “Covid-19 y fragilidad del Estado de Derecho en América Latina”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 371 (2020): xviii.

²⁴ Cfr. Juan José Crespo Pedreschi y Andrés Beck González. “La juridicidad del estado de emergencia y suspensión de garantías fundamentales por covid-19”. *Iustitia et Pulchritudo*, No. 1 (2020): 73.

²⁵ La CIDH también se ha pronunciado sobre la pandemia en el contexto interamericano, en su *Resolución 1/2020* de 10 de abril de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos²⁶.

En el derecho comparado resulta pertinente aludir al caso español, en el cual el gobierno central declaró el *estado de alarma*, que constituye un régimen atenuado del estado de excepción. Al resolver un recurso de amparo relacionado con la protección de derechos en el marco de dicha declaratoria, el Tribunal Constitucional español determinó lo siguiente:

[L]a limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre

el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha²⁷.

De la misma manera, se puede destacar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Al analizar precisamente el decreto de estado de excepción por la pandemia emitido por el Ejecutivo, dicho organismo jurisdiccional expresó concretamente lo siguiente:

En el asunto *sub examine* se habrá de concluir que el Gobierno nacional acreditó ante esta Corporación que por la magnitud y la gravedad de la crisis humanitaria resultante de la pandemia del COVID-19, no podía ser conjurada en esta oportunidad con el ejercicio de las atribuciones ordinarias que le otorga el ordenamiento jurídico, al resultar insuficientes y no permitir responder con inmediatez las muchas áreas puntuales que requieren medidas específicas de nivel legislativo y no solo administrativas, haciendo necesarias medidas extraordinarias para atender la calamidad sanitaria y los efectos negativos al orden económico y social. El riesgo indeterminado y el desafío que enfrenta la humanidad constituyen una amenaza directa, cuya respuesta dada la prontitud y

²⁶ Corte IDH. *Declaración 1/20*, 9 de abril de 2020: 1.

²⁷ Tribunal Constitucional de España, Sala Primera. *Auto 40/2020*, 30 de abril de 2020: 28.

eficiencia requerida no descansa en los medios tradicionales... ante un fenómeno nuevo como el COVID-19, de alta velocidad de propagación, expansión e índice de mortalidad sobre el cual el mundo científico desconoce aún una medida eficaz para contrarrestarlo, *el Estado colombiano ha venido paulatinamente ajustando sus políticas de salud pública, económica y social*, atendiendo la evidencia científica disponible, el comportamiento de la pandemia y las proyecciones de avance en el país, con la finalidad de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos... En tal sentido, hubo un desbordamiento de la capacidad institucional para enfrentar la actual coyuntura, que *al impactar fuertemente diversos campos de manera simultánea*, hacían exigible respuestas de la mayor contundencia, inmediatez y eficacia para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. El tamaño de la crisis, las implicaciones sanitarias, económicas y sociales, y la extensión de sus efectos son circunstancias que exigían la adopción de medidas de impacto general más profundas que las que podrían adoptarse en desarrollo de la facultad reglamentaria o en despliegue de las funciones regulares administrativas²⁸.

De esta forma, se puede constatar que las enormemente graves circunstancias derivadas de la pandemia han requerido un activo control constitucional por parte de los órganos competentes. Equilibrar la necesidad de otorgar al Estado la capacidad de aplicar medidas tendentes a paliar los efectos más perjudiciales de dicho fenómeno global, con la obligación de garantizar los derechos y garantías constitucionales, no es pues tarea fácil

y exige un alto nivel de razonamiento jurídico. En el caso ecuatoriano, se destaca la labor de la Corte Constitucional, que ha efectuado un control pormenorizado, tanto en la dimensión formal como material, no sólo de los decretos de declaratoria de estado de excepción, sino también de las medidas adoptadas y de otras acciones relacionadas que llegaron a su conocimiento. Como se expone a continuación, el trabajo de la Corte ha sido denodado, exhaustivo y minucioso.

4. Estado de excepción por la pandemia COVID-19 y control constitucional por parte de la Corte Constitucional del Ecuador:

El Director General de la OMS, con fecha 11 de marzo de 2020, reconoció al virus COVID-19 como pandemia a nivel mundial, encontrándose a esa fecha en más de 100 territorios²⁹. Se señaló en ese momento que las dimensiones que alcanzaría la pandemia se volverían imprevisibles, debido a la rapidez en las fuentes de transmisión y a la falta de conocimiento médico suficiente y necesario para tratarlo en forma segura.

Con este panorama, el Presidente de la República, el 16 de marzo de

²⁸ Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-145/20*, 20 de mayo de 2020: párr. 98, 102 y 121.

²⁹ Ver alocución original en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

2020, emitió el Decreto Ejecutivo 1017, que contiene la declaratoria del estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, ante la Emergencia Sanitaria Nacional ocasionada por la presencia del virus COVID-19³⁰. Dicho Decreto ingresó a la Corte Constitucional para su respectivo control el día 17 de septiembre de 2019. En el referido Decreto se adoptaron las siguientes medidas: movilización en todo el territorio nacional; suspensión del derecho a la libertad de tránsito y a la libertad de asociación y reunión a través de la implementación del toque de queda; suspensión de la jornada presencial de trabajo, disponiendo acogerse al teletrabajo y evitando la interrupción de servicios públicos básicos.

Entre estas medidas adoptadas en restricción a los derechos constitucionales como la libertad de tránsito y la libertad de reunión y asociación, se debe destacar que el vocablo utilizado fue el de la suspensión (Art. 3)³¹. En cuanto a la libertad de tránsito y movilidad, en el Art. 4 de la declaratoria se establecieron sus alcances, que se circunscribían a mantener una cuarentena comunitaria obligatoria, delegando su cumplimiento a los miembros de la

Policía Nacional y las FFAA, sumándose el apoyo de los gobiernos autónomos descentralizados a través de sus agentes de control metropolitano y municipales. En el Art. 5 del Decreto, se implementa la figura del toque de queda a nivel nacional, en los términos indicados por el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (COE). En lo atinente a la libertad de tránsito, cabe indicar que se establecieron excepciones para las cuales no se aplicaba tal medida.

En cuanto a la restricción a la libertad de asociación y reunión, en el Art. 9 se diferenció entre aquellos grupos poblacionales en alto riesgo determinados por la autoridad nacional de salud que se encontraran dentro del cerco epidemiológico; y, sobre la ciudadanía en general, dispuso el cumplimiento de una cuarentena comunitaria obligatoria, en los términos dispuesto por el COE nacional y respecto de todos los eventos de afluencia y congregación masiva.

Dentro del ejercicio de facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo con base en el Art. 165 de la CRE, a más del empleo de las FFAA y Policía Nacional en tareas concretas como la

³⁰ La declaratoria del estado de excepción y la adopción de medidas de emergencia fueron las respuestas que la mayoría de países adoptaron para enfrentar la pandemia. Ver: unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa.pdf: 42.

³¹ Con ello, el Ejecutivo decidió tomar la medida más drástica pero que a su criterio resultaba la más adecuada. La suspensión, como su nombre lo indica, comporta un espacio temporal, en virtud de la declaratoria del estado de excepción, en donde los derechos constitucionales no podrán ser gozados; se diferencia de la limitación, en donde la restricción de acceso a los derechos previstos en la CRE no es total sino parcial o reducida.

vigilancia del cumplimiento del toque de queda, se dispuso que se realizaran las correspondientes requisiciones, como forma de garantizar la provisión de servicios de salud pública. Cabe indicar que el Art. 37 de la LSPE, expresamente considera que el caso de las requisiciones, *“al finalizar el estado de excepción, debe ser compensada inmediatamente, con la indemnización con el justo valor del servicio, de los bienes o trabajos prestados al Estado. También se indemnizará con el justo valor de los bienes fungibles requisados”*³².

En el Decreto 1019 de 22 de marzo de 2020, con fundamento en la declaratoria de estado de excepción contenida en el Decreto 1017, el Presidente de la República hizo uso de la facultad extraordinaria contenida en el Art. 165.5 de la CRE, al establecer como zona especial de seguridad toda la provincia del Guayas. El inciso primero del Art. 38 de la LSPE, conceptualiza a la zona de seguridad como *“el espacio territorial ecuatoriano, cuya importancia estratégica, características y elementos que la conforman, requieren de una regulación especial con la finalidad de garantizar la protección de esta zona ante eventuales graves afectaciones o*

*amenazas a la seguridad objeto de esta ley”*³³.

En uso de sus potestades constitucionales contempladas en el Art. 165 de la CRE, el Presidente de la República, mediante Decreto 1137, dispuso la recaudación anticipada de tributos, facultad extraordinaria que había sido ejercida previamente en el Decreto 1109, pero que no superó el dictamen de constitucionalidad de la Corte. En el Decreto 1137, el Presidente destinó el producto de la recaudación anticipada de los tributos a cubrir gastos relacionados a los costos de la pandemia, a diferencia del Decreto 1109 -que fue rechazado- que en su Art. 1 pretendía destinar tales recursos, en forma general, a superar los efectos de la crisis económica.

La Corte ha realizado control de constitucionalidad a los distintos decretos ejecutivos expedidos por motivos de calamidad pública en razón de la pandemia COVID-19. La Corte se ha pronunciado sobre dos decretos que declaran el estado de excepción, dos que solicitan renovación, y tres emitidos con fundamento en la declaratoria del estado de excepción. El siguiente cuadro resume los aludidos dictámenes de control constitucional:

³² LSPE. Registro Oficial Suplemento 35, 28 de septiembre de 2009.

³³ La zona especial de seguridad fue desactivada en el Art. 7 del Decreto Ejecutivo 1052, de 15 de mayo de 2020, que renovó por 30 días más el estado de excepción.

Decreto contentivo de la declaratoria de Estado de Excepción	Decreto Renovación Estado de Excepción	Decretos emitidos con fundamento en la declaratoria del Estado de Excepción	Dictamen de Constitucionalidad
1017 (16-III-2020)			Dictamen 1-20-EE/20
		1019 (22-III-2020)	Dictamen 1-20-EE/20A
	1052 (15-V-2020)		Dictamen 2-20-EE/20
1074 (15-VI-2020)			Dictamen 3-20-EE/20
		1109 (27-VII-2020)	Dictamen 3-20-EE/20A
	1126 (14-VIII-2020)		Dictamen 5-20-EE/20
		1137 (02-IX-2020)	Dictamen 5-20-EE/A

4.1. Aspectos esenciales de los dictámenes de constitucionalidad:

Primeramente, el 19 de marzo de 2020, mediante Dictamen No. 1-20-EE/20, la Corte analizó el Decreto Ejecutivo 1017 y autorizó: (i) la movilización en todo el territorio nacional de entidades de la Administración Pública Central e Institucional³⁴ que coordinen esfuerzos para mitigar los efectos del coronavirus en el país; (ii) la suspensión del derecho a la libertad de tránsito, de asociación y de reunión, decretando una cuarentena comunitaria obligatoria; (iii) el toque de queda a partir del 17 de marzo de 2020 en los términos dispuestos por el COE nacional; (iv) la suspensión de la jornada presencial de trabajo para todos los trabajadores del

sector público y privado y una acogida general al teletrabajo; y (v) requisiciones correspondientes para mantener activos los servicios que garantizan la salud pública³⁵.

Adicionalmente, en su primer dictamen emitido durante la pandemia, la CCE afirmó que el Estado debe: (i) proteger a las personas en situación de calle y vulnerabilidad; (ii) garantizar el libre tránsito a las personas que laboran en áreas esenciales para el combate de la calamidad pública, y personas que necesiten abastecerse de bienes materiales necesarios para su salud y subsistencia; (iii) usar medios tecnológicos exclusivamente con personas a quienes las autoridades de salud hayan dispuesto aislamiento u otra medida similar; (iv) permitir

³⁴ Se hace una mención especial de: la Policía Nacional, las FFAA, el Ministerio de Salud Pública y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencia.

³⁵ CCE. *Dictamen No. 1-20-EE/20*, 19 de marzo de 2020: parr.29.

el ingreso adecuado al país a personas, nacionales y extranjeras con residencia en el país, que se encuentren en tránsito al país o zonas fronterizas con debidos controles sanitarios y directrices emitidas por las autoridades de salud; (v) respetar los derechos fundamentales y garantizar el uso progresivo de la fuerza en las actividades de la Policía Nacional y las FFAA; (vi) proteger el derecho a la salud de los agentes de la Policía Nacional y FFAA que estén en desplazamiento para atender la pandemia; y (vii) atender las realidades locales y nacionales mediante coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados³⁶.

Seguidamente, el 25 de marzo de 2020, mediante el Dictamen No. 1-20-EE/20A, la Corte realizó el control de constitucionalidad al Decreto Ejecutivo 1019. Se analizó una nueva medida en el contexto del estado de excepción, al declarar a la provincia del Guayas como zona especial de seguridad, con especial atención a los cantones de Guayaquil, Daule, Durán y Samborondón³⁷. Mediante dicho Decreto se decidió dar apoyo prioritario a la provincia mencionada,

siendo las autoridades de ejecución el COE provincial, la Gobernación de la provincia y los Ministerios de Defensa, de Gobierno y de Salud Pública³⁸. La decisión se dio en torno al aumento de casos de contagio de COVID-19 en la zona, por lo que la medida se consideró idónea tras la manifiesta inobservancia de la cuarentena comunitaria obligatoria³⁹.

Luego, el 22 de mayo de 2020, la CCE emitió el Dictamen 2-20-EE/20 para realizar el control constitucional del Decreto Ejecutivo 1052; con el fin de renovar el estado de excepción por un periodo de 30 días. En esta decisión, se destaca el límite temporal del estado de excepción, pues la Corte exhortó al gobierno a que, *“durante los treinta días de vigencia del Decreto, de forma coordinada con todas las autoridades nacionales y locales, el gobierno y el Estado tomen las medidas necesarias para que se pueda enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios”*⁴⁰. Además, la Corte estableció parámetros para la protección de los derechos no suspendidos en el estado de excepción, resaltando entre ellos:

³⁶ *Ibíd.*, 20.

³⁷ CCE. *Dictamen No. 1-20-EE/20A*, 25 de marzo de 2020, párr. 22.

³⁸ *Ibíd.*, párr.25.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 27-28.

⁴⁰ CCE. *Dictamen No. 2-20-EE/20*, 22 de mayo de 2020, párr. 26.

la salud, educación y conectividad, trabajo, movilidad humana, acceso a la información, libertad de expresión y los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas y las personas privadas de libertad. También, la CCE se refirió al malestar público ocasionado por la corrupción, motivo por el cual resaltó el deber constitucional de denunciar y combatir estos actos⁴¹.

Posteriormente, el 29 de junio de 2020, la Corte emitió el dictamen No. 3-20-EE/20, mediante el cual llevó a cabo el control de constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1074, de 16 de junio de 2020; por el cual el Presidente de la República declaró un nuevo estado de excepción por la calamidad pública derivada de la pandemia COVID-19. Si bien en este dictamen la CCE ratificó la constitucionalidad del estado de excepción, se debe indicar que existieron tres votos salvados y un voto concurrente, lo que demuestra que la decisión no fue unánime y que se presentaron aspectos de compleja resolución. En lo que concierne al voto de mayoría, cabe primeramente destacar que la Corte llevó a cabo nuevamente un control formal de la declaratoria, en el cual se examinó la identificación de los hechos y la causal invocada, su justificación, el ámbito territorial y temporal, los derechos

susceptibles de limitación y las respectivas notificaciones prescritas por la disposición constitucional.

Asimismo, la Corte en el voto de mayoría también ejerció el control material de la declaratoria de estado de excepción. En este sentido, cabe destacar que si bien la CCE consideró que la calamidad pública por la emergencia sanitaria se encontraba justificada, desestimó la motivación por razones económicas. Específicamente, el voto de mayoría determinó que, *“Este criterio se basa en que tales problemas, por tener un carácter endémico, deben ser solucionados dentro del ordenamiento jurídico normal vigente, a través de políticas de mediano y largo plazo. Caso contrario, las crisis económicas mantendrían a naciones en permanentes estados de excepción”*⁴². Además, la CCE señaló que el Ejecutivo cuenta con herramientas ordinarias para la toma de decisiones en materia económica, por lo que no ameritaba recurrir a atribuciones extraordinarias correspondientes al estado de excepción.

En lo atinente específicamente al aspecto sanitario, en el dictamen No. 3-20-EE/20 en comento, la Corte

⁴¹ *Ibid.*, 6-14.

⁴² CCE. *Dictamen No. 3-20-EE/20*, 29 de junio de 2020: párr. 34.

reconoció que la pandemia generada por la COVID-19 es un hecho inédito que ha tenido efectos incalculables, pero que, *“a pesar de la gravedad de la calamidad pública que nos encontramos atravesando, sus efectos han empeorado por la falta de atención oportuna por parte de varias entidades públicas”*⁴³. De todas maneras, la CCE concluyó que los hechos constitutivos de la declaratoria no podían ser superados a través del régimen constitucional ordinario, sin dejar de llamar la atención al Ejecutivo por la falta de un accionar estatal acucioso destinado a contar con mecanismos ordinarios para combatir la COVID-19 y sus efectos⁴⁴.

De igual manera, resulta significativo que en el voto de mayoría la Corte haya advertido que el Decreto 1074 adolecía de algunos vicios, entre ellos el fundamentarse en hechos idénticos a los expuestos en los anteriores decretos, sin exponer una situación diferente a la ya analizada en los dictámenes precedentes. No obstante, en esta decisión de mayoría la CCE ponderó la magnitud de la situación y consideró que impedir el régimen de excepción decretado por el Presidente de la República, y levantar todas las medidas de forma

inmediata, conllevaría un rápido crecimiento de los contagios, lo que a su vez generaría efectos nefastos para la salud de las personas. Por ello, en el voto de mayoría se manifestó que, *“ignorar esta realidad implicaría un actuar irresponsable en razón de las afectaciones a derechos, mismas que serían de dimensiones irreparables e incuantificables, puesto que se pondría en peligro la vida, la integridad y la salud de los habitantes del Ecuador”*⁴⁵. Con base en estas premisas y en razonamientos similares, la Corte consideró que el ámbito temporal y espacial de la declaratoria de estado de excepción se encontraba justificada, por lo que refrendó su constitucionalidad.

Por otra parte, es importante notar que en su voto de mayoría la CCE exigió a las distintas funciones del Estado trabajar de manera coordinada, para implementar mecanismos adecuados que permitan combatir sostenible y eficientemente la pandemia. Específicamente, la Corte conminó al Ejecutivo y demás funciones con potestad normativa y entidades públicas a encontrar vías expeditas para adecuar el sistema político y jurídico a las necesidades exigidas por la crisis sanitaria.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 47.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 57.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 60.

Finalmente, en lo que concierne a las medidas adoptadas en el marco del referido Decreto 1074, en su voto de mayoría la Corte estimó que estaban en concordancia con los requisitos formales previstos en la LOGJCC. Respecto del control material de dichas medidas, la CCE consideró que en general las mismas se acoplaban a las exigencias constitucionales, aunque condicionó las actuaciones del COE nacional a la observancia de una serie de requisitos a fin de que guardaran consonancia con el marco constitucional.

Con relación al voto salvado emitido conjuntamente por las juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín y el juez Ramiro Ávila Santamaría⁴⁶, se debe indicar que el disentimiento implicó el criterio de desestimar la declaratoria de estado de excepción por violar los límites temporales, espaciales y materiales establecidos en la CRE; aunque precisando que los efectos de tal inconstitucionalidad debían diferirse en el tiempo, en vista de la necesidad de establecer un régimen de transición hacia la “*nueva normalidad*”.

En este sentido, el voto salvado argumentó que el Ejecutivo ignoró el llamado previo de la Corte, e incumplió su obligación de implementar medidas más allá de las inmediatas para retornar al régimen jurídico ordinario. El voto disidente destaca la necesidad de apartarse de criterios que permitan estados de excepción sucesivos, ilimitados e indefinidos. Se agrega en el voto de minoría que tampoco se justificó en el Decreto la necesidad de declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional. Finalmente, en lo que concierne al diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad, el voto salvado consideró que ello debía producirse durante un lapso de 45 días, a fin de que las autoridades competentes pudieran establecer medidas adecuadas para afrontar la pandemia en conformidad con el régimen jurídico ordinario.

Finalmente, la Corte emitió el 24 de agosto de 2020 el último dictamen de constitucionalidad de estado de excepción, signado con el No. 5-20-EE/A, en esta ocasión respecto del Decreto Ejecutivo 1126 de fecha 14 de agosto del mismo año, por el cual el Presidente de la República dispuso la renovación del

⁴⁶ Como se indicó anteriormente, también existió un voto concurrente emitido de manera conjunta por los jueces Agustín Grijalva y Alí Lozada Prado. En lo esencial, dicho voto enfatiza su desacuerdo con una declaratoria de estado de excepción por motivos económicos, por considerar tales circunstancias deben ser atendidas a través de los mecanismos ordinarios; por ello, en este voto se argumenta que la invalidez de las específicas medidas de carácter económico debía ser declarada expresamente. Por otro lado, en el voto concurrente en referencia se señala que no hubiera sido óptimo declarar la inconstitucionalidad del decreto porque uno de los roles de las cortes constitucionales es actuar con prudencia y considerar la equidad de las soluciones jurídicas ante los hechos sometidos a su conocimiento; y que las circunstancias de la pandemia son tan inéditas que no pudieron ser previstas por el constituyente al momento de fijar el plazo máximo del estado de excepción.

estado de excepción dictado a través del Decreto 1074. Al respecto, cabe destacar que si bien en este dictamen de modo general se refrendó por unanimidad la constitucionalidad condicionada, formal y material, tanto de la declaratoria como de las medidas específicas adoptadas, la Corte también realizó una serie de puntualizaciones de enorme significancia. Es así que, en lo principal, la CCE manifestó expresamente lo siguiente:

Tras haber realizado varios exhortos a las autoridades nacionales y seccionales para transitar paulatinamente a un régimen ordinario apto para enfrentar al COVID-19, transcurrido este período de 30 días de renovación del estado de excepción la Corte Constitucional no admitirá una nueva declaratoria sobre los mismos hechos que han configurado calamidad pública en dos ocasiones previas con sus respectivas renovaciones⁴⁷.

Con esta advertencia, se determinó que el decreto analizado iba a ser ineludiblemente el último en el que se declarara un estado de excepción por los mismos motivos relacionados con la pandemia COVID-19. En tal virtud, la propia Corte precisó una serie de parámetros y reglas atinentes al establecimiento de políticas y medidas concretas que pudieran aplicarse en el marco de un régimen ordinario, en el contexto de

un periodo de transición hacia una “nueva normalidad”. Esta dilucidación justamente motivó que el voto fuera unánime.

En este sentido, la Corte abordó y estableció estándares para la constitucionalidad de una serie de cuestiones atinentes a los siguientes temas: movilizaciones en todo el territorio nacional (entidades de la administración pública central e institucional y FFAA como complemento a las acciones de la Policía Nacional); suspensión de derechos (prohibición de espectáculos públicos; restricciones vehiculares; regulación sobre transporte; prohibición de bebidas alcohólicas; regulación de uso de playas; regulación de clases presenciales; prohibición de apertura de bares y discotecas; restricción de actividades físicas en lugares cerrados; regulación sobre aforos en locales comerciales y horarios de atención; suspensión de jornada presencial en el sector público y teletrabajo; mecanismos de control y vigilancia de medidas de bioseguridad; toque de queda; cierre de fronteras y prohibición de reuniones sociales; requisiciones); régimen jurídico y toma de decisiones del COE nacional; y, manejo y difusión de la información en el correspondiente régimen de transición.

⁴⁷ CCE. Dictamen No. 5-20-EE/20, 24 de agosto de 2020: párr. 1371.i.

4.2. Acciones constitucionales relacionadas:

Durante la vigencia del estado de excepción y por tal motivo, diferentes autoridades nacionales emitieron una serie de actos normativos y de orden administrativo, que fueron impugnados en sede constitucional a través de las varias acciones previstas en la Constitución y la ley; como son, las de inconstitucionalidad de norma y actos administrativos, acciones por incumplimiento y acciones de incumplimiento. En tal sentido, merecen atención las siguientes:

- **Sentencia 8-20-IA/20**, que declaró mediante voto de mayoría la constitucionalidad condicionada de las resoluciones 004-2020 y 005-2020 expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en donde se procede a suspender los plazos y términos para los procesos judiciales debido a la emergencia sanitaria por la COVID-19. La Corte ratificó la facultad de la Corte Nacional para suspender los plazos y términos en los procesos judiciales, con la excepcionalidad de que, para el caso de la prisión preventiva, reconocida como un derecho constitucional, el plazo

seguirá discurriendo, sin afectar con ello en consecuencia su caducidad o el cómputo del tiempo transcurrido para su cálculo⁴⁸.

Es importante el aporte de la Corte en cuanto a determinar la naturaleza de los dos actos impugnados, emitidos con base en el Art. 180.6 del COFJ, reconociéndolos como actos normativos para efectos de su control de constitucionalidad; dejando de lado las alegaciones del accionante en cuanto a considerarlo como acto administrativo con efectos generales, situación esta última que no puede ser considerada por la Corte como suficiente para dejar de realizar un análisis de constitucionalidad abstracta⁴⁹.

- **Sentencia 9-20-IA/20**, que aceptó por voto de mayoría la acción de inconstitucionalidad por el fondo contra actos administrativos de carácter general (oficio circular del Ministerio de Finanzas y Resolución del Consejo de Educación Superior), al afectar la autonomía universitaria, derecho a la educación en el nivel superior y garantías de mejoramiento pedagógico y académico del

⁴⁸ Existen tres votos salvados. En el voto salvado de la jueza Teresa Nuques se menciona que se debería considerar para fines de posibles responsabilidades futuras, la situación de eximente o atenuante vista la excepcionalidad de la pandemia, en caso de producirse la caducidad de la prisión preventiva. El voto salvado del juez Enrique Herrería razona principalmente que las resoluciones impugnadas por su naturaleza no corresponden a actos administrativos con efectos generales, por lo que la Corte no era competente para resolverlo.

⁴⁹ CCE. *Sentencia 8-20-IA/20*, 5 de agosto de 2020: 31-36.

personal docente en todos los niveles educativos⁵⁰.

En cuanto al oficio circular No. MEF-VGF2020-0003-C del Ministerio de Finanzas, la Corte declaró su inconstitucionalidad de forma parcial, a las medidas aplicables a las universidades y escuelas politécnicas públicas en los ítems de orden presupuestario que se refieran a la contratación de docentes y personal académico, las actividades de docencia y de vinculación con la colectividad. En torno a la resolución del Consejo de Educación Superior, la Corte dictaminó la inconstitucionalidad por el fondo del Art. único, núm. 1, 2, 3 y 5, de la Resolución No. RPC-SO-012-No. 238-2020.

En el auto de aclaración y ampliación a la sentencia en comento, en razón de existir confusiones en la activación de acciones ante la CCE, el organismo dejó en claro la naturaleza jurídica, tanto de la acción por incumplimiento, acción de inconstitucionalidad y acción de incumplimiento; lo hizo en ese orden y en los siguientes términos:

La Corte recuerda que la **acción por incumplimiento** es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que

integran el sistema jurídico en casos concretos. La acción pública de inconstitucionalidad, por otra parte, es un mecanismo de control constitucional abstracto que busca garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, además de la compatibilidad entre normas constitucionales y las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. En la **acción pública de inconstitucionalidad**, la Corte no realiza control constitucional en un caso concreto, sino que ejerce control en abstracto... Sobre las **acciones de incumplimiento** de un dictamen de estado de excepción, este Organismo ha dicho: *'cuando la Corte emite un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción, lo que hace es determinar si el decreto de estado de excepción y las medidas en él dispuestas guardan o no conformidad con la Constitución de la República, para lo cual, en ocasiones, establece parámetros, condiciones o resguardos generales. Estas características particulares del pronunciamiento que emite la Corte influyen, a su vez, en el alcance de la acción de incumplimiento respecto de los dictámenes constitucionales de estado de excepción e impiden que la Corte se pronuncie, a través de esta acción, sobre cuestiones ajenas al objeto del dictamen de constitucionalidad'*. En la acción de incumplimiento, la Corte no analiza la compatibilidad de las disposiciones infra constitucionales con la Constitución, como sí sucede en la acción pública de inconstitucionalidad⁵¹ (énfasis añadidos).

• **Sentencia 10-20-IA/20 (Bachillerato Internacional-BI)**, que declaró inconstitucional por la forma y el fondo el acto administrativo con efectos generales (Memorando Nro. MINUDEDEC-MINUDEDEC-2020-00205-M); documento que contiene la orden de no iniciar el Programa del Diploma

⁵⁰ Los votos salvados se emitieron conjuntamente por la jueza Carmen Corral y los jueces Enrique Herrería Bonnet y Hernán Salgado Pesantes; aduciéndose entre otras razones, la naturaleza temporal de los actos administrativos impugnados, en virtud de la situación económica derivada de la pandemia COVID-19.

⁵¹ CCE. *Auto de aclaración y ampliación a la sentencia 9-20-IA/20*, 23 de septiembre de 2020: párr. 42 y 43.

del Bachillerato Internacional. Previamente se dispuso como medida cautelar en la fase de admisión la suspensión provisional de los efectos del acto.

En cuanto al control formal, la Corte analizó que los actos que emiten las autoridades, en ejercicio de sus competencias, tienen que sujetarse a formalidades. En el caso presente, el BI fue creado mediante acuerdo ministerial, por lo que la figura utilizada en su supresión fue diferente⁵². Habría que tener presente que, para el caso de las acciones de inconstitucionalidad contra actos administrativos con efectos generales, en cuanto a la oportunidad, el plazo para la interposición de la acción es indefinido, esto es que puede ser presentada en cualquier momento a partir de la expedición del acto.

Al realizar el control material o de fondo, la Corte encontró en el derecho a la educación, los principios que rigen el presupuesto a la educación y la seguridad jurídica, los argumentos principales para declarar su inconstitucionalidad. En el primer caso, la Corte adoptó en su razonamiento criterios que nacen del denominado bloque de constitucionalidad, valorando

la Observación General No. 13 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; que en referencia al derecho a la educación reconoce cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad⁵³.

La Corte consideró que la restricción de derechos sin justificación es inconstitucional, ya que tal restricción exige un estricto escrutinio, más aún cuando tales derechos estaban siendo ejercidos (como es el caso del BI). Específicamente, la Corte manifestó lo siguiente: *“El precepto constitucional prohíbe la regresividad de derechos sin justificación. Esta justificación debe ser rigurosa o, en otras palabras, debe hacerse un estricto escrutinio. No cabe una simple explicación o un pretexto cuando se trata de derechos que han venido siendo ejercidos. Una justificación es suficiente solo cuando se basa en la satisfacción de otro derecho constitucional y se descartan las demás opciones de optimización de recursos. Cuando no existe justificación o esta es insuficiente, la regresividad es inconstitucional”*⁵⁴.

Sobre los principios que rigen el presupuesto de educación y que

⁵² CCE. Sentencia 10-20-IA/20 (Bachillerato Internacional), 31 de agosto de 2020: párr. 26.

⁵³ *Ibid.*, párr. 29.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 37.

fueron aceptados por parte del MINUDEC, la Corte concluyó que el memorando en cuestión contrariaba el Art. 165.2 de la CRE, que prohíbe el uso de recursos para otros fines que no sean los de educación durante el estado de excepción⁵⁵. Respecto a la seguridad jurídica, la CCE aludió al precedente fijado en el fallo 17-14-IN/20, en el cual determinó que tal derecho comporta dos supuestos: (i) la preexistencia de normas previas, claras y públicas; y, (ii) la aplicación de las normas vigentes, tornando predecible al ordenamiento jurídico. Con base en estas premisas, la Corte hizo extensiva tal determinación al ámbito del derecho a la educación y la política pública sobre la materia. En este sentido, reafirmó que esto exige asegurar información adecuada y oportuna, tanto a estudiantes como a padres y madres de familia del BI, pues puede afectar sus legítimas expectativas⁵⁶.

- **Sentencia 15-20-AN/20**, acción por incumplimiento en la que se determina que el Ministerio de Economía y Finanzas ha incumplido los Arts. 22 y 33 de la Ley Orgánica de Educación Superior, al demostrarse que existían asignaciones pendientes de pago a favor de universidades

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 44 (inciso segundo).

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 48 y 54.

⁵⁷ CCE. *Sentencia 15-20-AN/20*, 31 de agosto de 2020, párr. 25 - 44.

privadas que reciben rentas estatales (conocidas como cofinanciadas). La acción por incumplimiento se vuelve la herramienta adecuada, conforme el Art. 52 de la LOGJCC, para garantizar la aplicación cuando la norma, sentencia, decisión o informe de organismos internacionales internaciones de protección de derechos humanos, contuviera una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

La Corte desarrolla en este fallo las cuatro cuestiones fijadas anteriormente en la sentencia 7-12-AN/19, párr. 12, a fin de verificar el incumplimiento: a) de si la obligación cuyo incumplimiento alega el accionante se deriva o no de la disposición invocada; b) si la mencionada obligación es o no clara, expresa y exigible; c) si la obligación se incumplió o no; y, d) las medidas adecuadas y suficientes para el cumplimiento de tal obligación⁵⁷.

La obligación de cumplimiento no se altera por la inexistencia de un plazo en la norma (Arts. 22 y 33 de la Ley Orgánica de Educación Superior) en la transferencia de recursos; de hecho, la CCE toma en cuenta lo dispuesto en la norma con relación a que debe ser a) inmediato; b) respetando la periodicidad con

la que se venían cumpliendo los pagos previo a la interrupción de los mismos; y c) el objetivo al cual estaban destinados tales recursos, como es el financiamiento de becas para estudiantes de escasos recursos económicos⁵⁸.

En la parte resolutive, la Corte aceptó la acción por incumplimiento de los Arts. 22 y 33 de la Ley Orgánica de Educación Superior, ante la falta de asignación de los recursos por parte del Ministerio de Finanzas; debiendo presentarse en el plazo de un mes un cronograma de pagos desde la notificación de la sentencia; destacando finalmente la inmediata activación de la fase de seguimiento de la sentencia.

4.3. Casos seleccionados por la Corte en el marco de la pandemia:

Por otra parte, también cabe destacar que la Corte seleccionó algunos casos de relevancia en el marco de la pandemia por la COVID-19 y del estado de excepción. Se debe recordar que al tenor de lo dispuesto en el Art. 25.4 de la LOGJCC, los parámetros de selección aluden a lo siguiente: a) gravedad del asunto; b) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; c) negación de los precedentes judiciales fijados

por la Corte Constitucional; y, d) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia. En este sentido, se pueden destacar los siguientes casos seleccionados por la Corte en el presente contexto:

Casos No. 360-19-JH y otros: Acciones de hábeas corpus en las que se alegó que dentro de los Centros de Privación de Libertad existe riesgo de contagio del virus COVID-19. La Corte seleccionó estos casos, entre otros motivos porque, *“tratan sobre la situación de personas privadas de libertad por prisión preventiva y apremio personal, que denuncian condiciones carcelarias de hacinamiento e insalubridad, hecho que en el marco de la pandemia de COVID-19 hace presumir potenciales afectaciones a los derechos a la salud, integridad física y vida”*⁵⁹.

Caso No. 121-20-JH y otros: Acciones de hábeas corpus en las que se solicitó la sustitución de la pena privativa de la libertad en virtud del riesgo de contagio del virus COVID-19 al interior de los Centros de Privación de Libertad. La Corte seleccionó estos casos, entre otros motivos, porque *“tratan*

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 48 y 54.

⁵⁹ CCE. Casos 360-19-JH y otros, Auto de selección, 18 de mayo de 2020: párr. 11. Ver también, Caso 137-20-JH, Auto de selección, 9 de julio de 2020.

*de personas privadas de la libertad por sentencias condenatorias, que solicitaron la sustitución de la pena privativa de la libertad, con el fin de prevenir el contagio con el virus COVID-19, pues los centros de privación de la libertad y sus condiciones carcelarias, no serían las adecuadas para evitar el contagio, principalmente por el hacinamiento, lo cual podría vulnerar los derechos a la salud y a la vida de los accionantes*⁶⁰.

Caso No. 116-20-JH: Acción de hábeas corpus en la que el accionante cuestionó su detención por transgredir el toque de queda, por haberlo hecho debido a una necesidad médica y alimenticia. La CCE seleccionó este caso porque consideró que, *“plantea un escenario en el que la prisión preventiva y la sanción para quienes transgreden la restricción de movilidad pueden agravar la condición social y económica de personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria -en este caso, una niña de 3 años y un niño de 9 años- y están en condiciones de pobreza -una familia que dependen del trabajo informal-, lo cual podría vulnerar sus derechos al*

buen vivir, a la integridad personal y a la libertad”⁶¹.

Caso No. 128-20-JH: Acción de hábeas corpus en la que el accionante alegó que un grupo de policías ingresó a su domicilio sin orden de allanamiento y lo detuvo por presuntamente estar reunido escuchando música a alto volumen. La Corte seleccionó este caso por cuanto se trata de una situación que puede ser común a otras personas; además, sostuvo que el caso le permitiría, *“desarrollar los límites del derecho a la inviolabilidad de domicilio y el alcance de la suspensión del ejercicio de los derechos de reunión y asociación en el contexto COVID-19*”⁶².

Caso 971-20-JP: Acción de protección en la que la accionante alegó que, siendo médico residente de un hospital público y madre de un hijo en periodo de lactancia y con un cuadro clínico delicado, solicitó se le autorizara realizar teletrabajo o permiso con cargo a vacaciones en virtud de la pandemia y los riesgos de exposición por su labor; sin embargo, tal solicitud le fue rechazada. La Corte seleccionó este caso en virtud de que, aparte de las cuestiones relacionadas con la

⁶⁰ CCE. Casos 121-20-JH y otros, Auto de selección, 18 de mayo de 2020: párr. 6.

⁶¹ CCE. Caso 116-20-JH, Auto de selección, 18 de mayo de 2020: párr. 5.

⁶² CCE. Caso 128-20-JH, Auto de selección, 18 de mayo de 2020: párr. 4.

pandemia y sus circunstancias, le permitirá “establecer los parámetros mínimos que las instituciones deben aplicar cuando existen condiciones específicas de trabajo, particularmente del personal de los servicios de salud, frente a las necesidades particulares de las personas que tienen a su cuidado a otras, entre las que se encuentran personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y especializada”⁶³.

4.4. Fase de seguimiento de resoluciones de la CCE:

Dado que dentro de las competencias constitucionales de la CCE se contempla la facultad de abrir fases de seguimiento sobre el cumplimiento de sus sentencias o dictámenes; y debido a la relevancia de la emergencia sanitaria global desatada por la COVID-19, la Corte emitió autos de verificación relacionados con cuestiones relevantes en el marco del estado de excepción. Así, se destaca el exhorto al Consejo de la Judicatura (en adelante, CJ), tanto para garantizar el acceso a las acciones constitucionales y la justicia constitucional en el contexto de la emergencia sanitaria, como para adoptar directrices claras y oportunas

a fin de evitar posibles suspensiones de las garantías constitucionales⁶⁴. Asimismo, en ocasiones posteriores, la Corte ordenó al CJ investigar hechos relacionados con posibles violaciones de derechos humanos en que se limite el acceso a la justicia y, de ser necesario, que determine responsabilidades⁶⁵.

Por otra parte, cabe resaltar que en la sentencia 1470-14-EP/20 la Corte hizo seguimiento de la sentencia 364-16-SEP-CC del año 2016, contextualizándola en el marco de la respuesta a la pandemia provocada por la COVID-19. En tal virtud, la CCE dispuso que el Ministerio de Salud Pública (en adelante, MSP) y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, IESS) realizaran una campaña de difusión de las medidas de contingencia relativas a la atención médica y aprovisionamiento de medicinas para los pacientes portadores de VIH, pertenecientes a la Red Pública Integral de Salud, en el contexto de la pandemia. Adicionalmente, la Corte designó a la Defensoría del Pueblo como ente responsable de verificar el cumplimiento efectivo de la campaña previamente mencionada y de implementar procesos de veeduría ciudadana, en coordinación con el

⁶³ CCE. *Caso 971-20-JP*, Auto de selección, 27 de julio de 2020: párr. 11.

⁶⁴ CCE. *Auto de fase de seguimiento No. 1-20-EE/20*, 28 de abril de 2020: 5

⁶⁵ CCE. *Auto de verificación No. 1-20-EE/20 y 2-20-EE acumulados*, 22 de julio de 2020: 8

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en las adquisiciones de medicina necesaria para tratamientos de VIH realizadas por el IESS y el MSP⁶⁶.

Asimismo, en el auto de verificación 14-12-AN/20, la Corte reiteró la especial situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad (PPLs) en el contexto de la emergencia sanitaria. En tal virtud, dispuso medidas especiales para garantizar el cumplimiento de la sentencia 001-13-SAN-CC del año 2013. Asimismo, la CCE llamó la atención a la Defensoría del Pueblo y a los directores de los Centros de Rehabilitación Social por el cumplimiento parcial y defectuoso de dicha resolución. Concretamente, ordenó verificar la implementación de un sistema de

registro de ingreso y permanencia en dichos Centros; enfatizando en dar urgente cumplimiento a la disposición dado el alto riesgo de contagio de COVID-19 entre PPLs, por las condiciones de hacinamiento en los Centros de Rehabilitación Social en el país⁶⁷.

Finalmente, cabe mencionar que la Corte, en el auto de fase de seguimiento 1-20-EE-20 de 16 de junio de 2020, ante la comunicación de un supuesto conflicto normativo entre la Constitución y el Decreto Ejecutivo 1053 (que reformó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sector Público en lo atinente a la jornada laboral), manifestó que lo pertinente era la presentación de la acción correspondiente en forma independiente⁶⁸.

Conclusiones:

La pandemia por la COVID-19 ha supuesto un escenario global sumamente complejo y en gran medida inédito, que ha obligado a una gran cantidad de Estados a implementar estados de excepción o emergencia. Esta circunstancia ha generado tensiones entre la

necesidad de prevenir, mitigar y resolver los efectos nocivos provocados por la pandemia, tanto a nivel sanitario como económico; y la obligación permanente e imperecedera de respetar, garantizar y desarrollar los derechos

⁶⁶ CCE. Auto de verificación No. 1470-14-EP/20, 15 de julio de 2020: 9-10

⁶⁷ CCE. Auto de verificación No. 14-12-AN/20, 22 de julio de 2020: 5-6

⁶⁸ CCE. Auto de fase de seguimiento 1-20-EE-20, 16 de junio de 2020: párr. 9, 10, 11, 15, 16 y 17.

humanos, afianzando los principios del Estado Constitucional.

En el contexto ecuatoriano, el jefe de gobierno ha emitido una serie de decretos, tanto para la declaración expresa de estado de excepción, como para la implementación de ciertas medidas específicas dentro de ese marco. Tales decisiones han implicado limitación e incluso suspensión de determinados derechos constitucionales, lo que se ha justificado en aras de precautelar la salud, integridad y vida de las personas. En este sentido, como se ha explicado a lo largo del presente artículo, toda declaratoria de estado de excepción se encuentra sujeta al cumplimiento irrestricto de una serie de estándares y parámetros, fijados no sólo a nivel interno, sino también por instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este contexto, el rol de la Corte Constitucional ha sido fundamental, ya que ha debido ejercer el control constitucional del estado de excepción y de las medidas y decisiones adoptadas en ese marco general. En este sentido, se ha constatado que la labor de la CCE ha sido minuciosa, llevando a cabo un

análisis pormenorizado y riguroso no solamente de los fundamentos, motivaciones y medidas específicas implementadas por el Ejecutivo, sino también de una serie de acciones constitucionales vinculadas, dando además seguimiento y seleccionando casos relevantes dentro del presente contexto. La defensa y garantía del régimen constitucional sigue siendo un reto de enorme significancia para la Corte y en el difícil contexto de la pandemia, esta tarea alcanza una importancia vital para la paz e integridad de la nación.

La justiciabilidad del derecho al acceso a medicamentos en la sentencia No. 679-18-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas.

Introducción:

El 5 de agosto de 2020, la Corte Constitucional (en adelante, la CCE o la Corte) emitió jurisprudencia vinculante de acciones de protección mediante la expedición de la sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, en la cual analizó el derecho a la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. En lo principal, la CCE determinó que en un plazo de dieciocho meses, el Ministerio de Salud Pública, como institución rectora del sistema nacional de salud, adecúe las normas, reglamentos y políticas públicas referentes a medicamentos, para que se ajusten a lo dispuesto en el Art. 85¹ de la Constitución (en adelante, la CRE) y a los criterios desarrollados en el citado fallo. Igualmente, estableció que la Asamblea Nacional desarrolle metodologías para medir el cumplimiento de este derecho.

Entre los diversos aspectos analizados por la Corte, destaca la profundización en torno al derecho a la tutela judicial efectiva en casos de acceso a estos medicamentos. En este sentido, la CCE fijó directrices e indicadores que los jueces y juezas deben considerar al momento de resolver demandas de acción de protección relacionadas con violaciones al derecho a la salud. Para el efecto, la CCE partió del reconocimiento de que ***“(…) los jueces y juezas no son estrictamente expertos en salud, no tienen la formación técnica ni la experiencia para poder resolver con certeza los casos que vienen a su conocimiento sobre problemas de salud en general y acceso a medicamentos en particular”***² (énfasis añadidos). Esta falta de experticia podría afectar

¹ CRE. Art. 85: “La formulación, ejecución, evaluación 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: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. 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. 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”.

² CCE, Sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, 05 de agosto de 2020: párr. 220.

la resolución de casos particulares y, por ende, el cumplimiento de las garantías constitucionales. Por este motivo, los parámetros desarrollados por la Corte en la sentencia tienen una gran repercusión en la justiciabilidad de los derechos relacionados con la salud.

Sobre la garantía y exigibilidad del derecho a la salud, la Corte se ha pronunciado en ocasiones previas, aseverando que éste no implica un estado de ausencia de enfermedad, sino que *“el obligado a la protección de la salud debe actuar previamente, por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos”*³. En un fallo posterior, la CCE agregó asimismo que:

[E]l derecho a la salud constituye una obligación prestacional para el Estado, que es el encargado de garantizar a todas las personas sin distinción, el efectivo goce de este derecho, así como a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos sanos nutritivos y agua potable, servicios básicos de saneamiento, vivienda y condiciones de vida adecuada y digna⁴.

En consecuencia, se ha hecho énfasis en que el Estado es responsable de garantizar el goce del derecho a la salud y, por consiguiente, de todos los

factores determinantes para alcanzar el buen vivir. En el fallo en cuestión, se estima que la demanda judicial del acceso a medicamentos, por medio de una acción de protección, es una manera de contribuir al cumplimiento del derecho a la salud mediante una mejora en la calidad de vida de la ciudadanía que, en situación de vulnerabilidad, así lo requiera⁵. Además, como se recoge en la propia sentencia, se ha constatado en los últimos años una creciente tendencia a la judicialización con relación al derecho a la salud y el acceso a medicamentos⁶.

En virtud de ello, el presente artículo se centra específicamente en el derecho a la tutela judicial efectiva en casos de acceso a medicamentos. Con este propósito, en primer lugar se analizará conceptualmente la justiciabilidad general de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs). Seguidamente, se examinará más específicamente, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia pertinente, la justiciabilidad del derecho al acceso a medicamentos. Finalmente, se revisará de forma más detenida la reciente sentencia de la CCE en lo

³ CCE, *Sentencia 006-15-SCN-CC*, 27 de mayo de 2015: 19-20.

⁴ CCE, *Sentencia No. 017-18-SEP-CC*, 10 de enero de 2018: 90.

⁵ CCE, *Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados*, 05 de agosto de 2020: párr. 218-219.

⁶ *Ibid.*: párr. 223.

concerniente a la tutela judicial de estos derechos y su significancia jurídica.

La justiciabilidad general de los DESCAs:

La sentencia 679-18-JP/20 en referencia constituye un nuevo hito en lo que concierne a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs. En la doctrina ha existido un intenso debate respecto a la necesidad de brindar a este tipo de derechos el mismo grado de protección y garantía del que tradicionalmente se ha asignado a los denominados derechos civiles y políticos. Como explican Abramovich y Courtis:

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos⁷.

Sin embargo, este tipo de criterios han venido siendo progresivamente superados, tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Por una parte,

se ha evidenciado que la estructura normativa de los DESCAs no difiere sustancialmente de la de otro tipo de derechos, como los civiles y políticos. Al respecto, como señala Courtis, una revisión de los principales instrumentos internacionales sobre DESCAs revela que no existe un único patrón formal en torno a su regulación y estructura, con una gran variedad de disposiciones de distinta naturaleza⁸. De igual manera, como afirma de forma más extensa Cano Blandón:

La continua comparación entre unos y otros y la pretensión de que los sociales 'alcancen' la posición de los civiles y políticos, deja de lado un asunto de mayor trascendencia: los derechos sociales son derechos fundamentales a partir de una justificación propia y no a partir de su equiparación con los tradicionales derechos liberales (...) el principio de igualdad sustancial o material, enuncia una 'regla anti-abstencionista' que impone remover los obstáculos que impiden ser iguales a los sujetos. Entonces, si la igualdad material es premisa determinante del Estado Social de Derecho, resulta coherente que los instrumentos para la realización de la misma tengan el carácter de fundamentales. Estos instrumentos sin duda, son los derechos sociales que, cumpliendo la función igualitaria a la que obedecen, pueden definirse no sólo como la vía de cumplimiento de las necesidades básicas, sino también como elemento imprescindible para que todo hombre pueda gozar, de hecho, y en igualdad de condiciones, de los derechos civiles y políticos, para establecer, en últimas, unas condiciones mínimas de homogeneidad que sitúen a los sujetos en una posición suficiente de realización humana⁹.

⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (1997): 1.

⁸ Christian Courtis, "Standards to make ESC rights justiciable. A summary exploration". *Erasmus Law Review*, 2(4) (2009): 380.

⁹ Luisa Fernanda Cano Blandón, "Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: Una propuesta argumentativa". *Estudios de Derecho*,

Por consiguiente, se colige que existe una estrecha vinculación entre los DESCA y la instauración a nivel constitucional del Estado constitucional y social, en sus diversas acepciones. En este sentido, Marquardt alude a una “*sexta ola*” o era del Estado constitucional, democrático, social y ambiental en Iberoamérica, en el que se destaca lo siguiente:

Las constituciones iberoamericanas de la sexta ola muestran típicamente un perfil pluralista de valores, combinando ahora, de acuerdo con las necesidades de la sociedad industrial avanzada, los elementos del Estado liberal del siglo XIX, del Estado social de la primera mitad del siglo XX y del Estado ecológico de finales del siglo XX, al estilo de un triángulo de valores. En otras palabras, el Estado constitucional republicano-democrático se ha transformado también en América Latina –de manera similar al escenario europeo y en contraste con EE.UU– al Estado constitucional democrático-social-ambiental¹⁰.

En lo que concierne específicamente a la justiciabilidad de los DESCA, Courtis explica que no se trata de algo realmente novedoso, puesto que los tribunales en materia laboral han funcionado por alrededor de un siglo, a lo que se añade una enorme cantidad de jurisprudencia alrededor del mundo en materias tales como seguridad social, salud

o educación¹¹. Sin embargo, este desarrollo jurisprudencial ha sido progresivo y no ha tenido el mismo alcance para todos los posibles derechos en cuestión. En este sentido, en el ámbito latinoamericano sobresale la sentencia emitida en el año 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso *Lagos del Campo v. Perú*. Al respecto, de acuerdo a lo señalado por Calderón Gamboa:

La sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), referente al despido irregular de un representante de trabajadores con motivo de ciertas manifestaciones publicadas en una revista gremial, representa por primera vez en la historia del Tribunal Interamericano, y luego de casi 40 años de jurisprudencia, la determinación... de interpretar de manera directa –no indirecta ni progresiva– lo propiamente dispuesto en la CADH, a través de su artículo 26, para dar contenido a uno de los derechos mayormente consolidado en el mundo: el *derecho al trabajo*... Lo anterior se erige como un nuevo paradigma jurídico, no solo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público. Con ello se consagra la *puerta de entrada* –a nivel regional– a un determinado catálogo de derechos humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía internacional por un Tribunal especializado en la materia, a fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación¹².

62(140) (2005): 220 y 240.

¹⁰ Bernd Marquardt, “La sexta ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental –ECDSA– en Iberoamérica: reconstitucionalización y pluralismo tridimensional”. *Revista Derechos en Acción* (2019): 122.

¹¹ Courtis, *óp. cit.*: 380.

¹² Jorge Calderón Gamboa, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia *Lagos del Campo*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. (coord.), *Inclusión, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCA en la Jurisprudencia Interamericana. El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México (2018): 336-337.

En este sentido, la Corte IDH consideró que el derecho a la estabilidad laboral era plenamente justiciable, con amparo en el Art. 26 de la CADH. Concretamente, el citado tribunal interamericano determinó expresamente lo siguiente:

Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹³.

Con relación al valor e impacto de esta sentencia, el juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor emitió un voto concurrente en el cual resaltó las principales repercusiones de la nueva regla jurisprudencial de la Corte IDH, respecto de la justiciabilidad directa de los DESCAs. En este sentido, el referido magistrado expresó lo siguiente:

[L]a Corte IDH sienta un precedente importante para la justiciabilidad de los derechos sociales en el Sistema Interamericano, al abrir la posibilidad de que derechos que no fueron expresamente contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador... puedan ser protegidos directamente mediante la Convención Americana. En la Sentencia, la Corte IDH afianza los principios de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con respecto a los derechos civiles y

políticos. Ello es así, a partir de su comprensión de los derechos humanos entendidos integralmente y de forma conglobada, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. En otras palabras, la Sentencia reconoce que existe una dependencia recíproca entre todos los derechos humanos, lo cual ha sido incorporado en el marco internacional de los derechos humanos, sin jerarquizar ni subsumir en algunos derechos el contenido de otros¹⁴.

La CCE también ha tenido oportunidad de determinar la plena justiciabilidad de los derechos constitucionales, incluyendo los DESCAs, concretamente de esta manera:

[C]onviene además recordar que a partir de la expedición de la Constitución de la República del 2008, los derechos contenidos en ella gozan de igual jerarquía, por lo que la tradicional división entre derechos de primera, segunda y tercera generación ha sido superada; de allí, que todos los derechos consagrados en el texto constitucional son plenamente justiciables, además de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles¹⁵.

La justiciabilidad de los DESCAs aparece entonces como una tendencia que ha ganado cada vez más terreno, con un desarrollo a nivel mundial en diversas materias por parte de las cortes nacionales e internacionales. Como detalla Courtis, si bien ciertos aspectos de los DESCAs requieren una progresiva consecución, un

¹³ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentencia de 31 de Agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340: párr. 141.

¹⁴ Corte IDH. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poiso. "La Justiciabilidad Directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: Una Nueva Etapa en la Jurisprudencia Interamericana". *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 8 y 9.

¹⁵ CCE, *Sentencia 016-16-SEP-CC*, 13 de enero de 2016: p. 25. Ver también, CCE, *Sentencia No. 146-14-SEP-CC*, 01 de octubre de 2014: 23.

sinnúmero de deberes son de inmediato cumplimiento por parte de los Estados¹⁶. En este sentido, se distingue en primer término entre los deberes de efecto inmediato, que incluyen la protección negativa o abstención, protección procesal, igualdad de protección y no discriminación, y contenido mínimo de realización; y en lo que concierne a los deberes de progresiva consecución, se deben considerar los estándares de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, así como la prohibición de regresividad¹⁷.

Justiciabilidad del derecho a salud, en particular el acceso a medicamentos:

La sentencia No. 679-18-JP/20 ha determinado expresamente que *“El acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces es un derecho que, cuando se lo viola, puede ser demandado judicialmente mediante una acción de protección”*¹⁸. De esta manera, la CCE ha establecido una regla jurisprudencial clara y precisa que configura la plena exigibilidad y justiciabilidad del

derecho de las personas a acceder a medicamentos, y el correlativo deber del Estado de proveerlos oportuna y adecuadamente. Esta determinación jurídica ha sido recogida y desarrollada con antelación por la doctrina especializada, y también sostenida y enfatizada por la jurisprudencia comparada e internacional¹⁹.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana constituye uno de los casos más notables en lo atinente a la fijación de estándares sobre el derecho al acceso a medicamentos. Según López Oliva, *“es viable la protección de los derechos cardinales del paciente consagrados en la Carta Política de los colombianos, con la aplicación del derecho procesal constitucional”*²⁰. De igual manera, Vélez-Arango y González-López señalan que:

[L]a acción de tutela se ha tornado en Colombia un mecanismo alterno y en un medio de acceso directo a servicios de salud (...) en el caso del derecho a la salud los pronunciamientos de la Corte para los casos específicos... superan en forma afortunada la discusión sobre la conceptualización de los derechos sociales, su normativa de carácter programático y prestacional y, consultan el

¹⁶ Courtis, *óp. cit.*, p. 382.

¹⁷ Cfr. *ibíd.*: pp. 381-385.

¹⁸ CCE, *Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados*, 5 de agosto de 2020: párr. 218.

¹⁹ Cfr. María Fernanda Rodríguez Maldonado. “La judicialización del acceso a medicamentos para enfermedades catastróficas y de alta complejidad en el Ecuador: Un estudio de los casos relevantes de la Corte Constitucional 2014-2017”. *Universidad Andina Simón Bolívar* (2019): 96-105.

²⁰ José López Oliva. “La garantía de los derechos humanos del paciente a través del derecho constitucional, procesal constitucional y el derecho de daños”, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, 2(2014): 62.

espíritu del constituyente hacia la protección integral del derecho²¹.

De manera concreta, la Corte colombiana sostuvo ya en 1997 lo siguiente:

[E]l derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela (...) En cuanto a la solicitud de dar medicamentos recetados por el médico tratante, estando de por medio la vida del paciente, así la droga no figure o no haya figurado en el listado oficial, se reiterará la jurisprudencia de ordenar mediante tutela que se cumpla con la determinación médica de entregar un medicamento esencial en presentación genérica a menos que solo sea producida con marca específica. Por supuesto que si no hay orden médica, sino simplemente se trata de un deseo del paciente, la tutela no puede prosperar²².

Como se puede constatar, en la citada resolución el mencionado tribunal requería la necesaria vinculación con el derecho a la vida, entendido en un sentido amplio, para posibilitar la procedencia de la acción constitucional. Sin embargo, la Corte colombiana fue modificando su criterio hasta reconocer de forma autónoma al derecho a la salud como un derecho fundamental. En este

sentido, se destaca un fallo emitido en el año 2008, en el cual el mencionado organismo constitucional expresó lo siguiente:

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante (sic) es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna (...) la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'. Para la jurisprudencia constitucional '(...) *no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud*'²³.

A partir de este precedente fijado por la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2015 el Parlamento de dicho país emitió la Ley Estatutaria 1751, por medio de la cual se proclamó a la salud como un

²¹ Alba L. Vélez-Arango y José R. González-López. "El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia-España", *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 33(1) (2015): 128 y 129.

²² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-480/97*, 25 de septiembre de 1997.

²³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-760/08*, 31 de julio de 2008.

derecho fundamental, autónomo e irrenunciable de cada persona²⁴. Como explican Gómez-García y Builes-Velásquez, la incidencia de la jurisprudencia de la Corte colombiana fue fundamental en este sentido, al punto de que:

Solo a partir de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de tutela, y de manera más importante en la Sentencia T-760 del año 2008, se logró entender a la salud como un derecho fundamental de todos los colombianos, que puede ser protegido y reclamado mediante la acción de tutela. Han sido muchas las oportunidades en la que los colombianos han alcanzado la protección de su salud por medio de esta acción, bajo las apreciaciones de la Corte Constitucional de la salud como un derecho fundamental autónomo, en conexidad y directa afectación con un derecho de mayor jerarquía, o por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional. Bajo estas concepciones se interpretó la naturaleza fundamental del derecho a la salud, sin presentarse una consagración formal o legal que diera por determinada dicha situación²⁵.

De igual manera, resulta pertinente aludir a la jurisprudencia argentina, que como puntualizan Bracamonte y Cassinerio, *“En las últimas décadas en Argentina, desde un punto de vista cuantitativo, los reclamos judiciales tuvieron un crecimiento exponencial. Pero mayor significación tiene el aspecto que*

*nosotros llamamos cualitativo, que se refiere a la prestación de salud que se peticiona mediante estos procesos de amparo”*²⁶. En esta misma línea de análisis, Abramovich y Pautassi han constatado que:

[A] partir de la promulgación de la reforma constitucional en 1994 los tribunales han reconocido la existencia de un derecho a la salud y a la asistencia sanitaria, en el marco de las obligaciones estatales dispuestas a partir de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental de base constitucional es un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional, habilitando así, por ejemplo, la posibilidad de interponer acciones de amparo, e incluso activando en ciertas circunstancias la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La jurisprudencia ha establecido además que el derecho a la salud impone al Estado deberes negativos y también obligaciones positivas, lo que autoriza a interponer acciones judiciales para exigir al Estado ciertas prestaciones y la definición de políticas en este campo²⁷.

Es así que en el año 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia en la que, acogiendo el dictamen del Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y concedió los insumos médicos requeridos por la parte actora. En el razonamiento

²⁴ Carlos A. Gómez-García y Alejandro Builes-Velásquez, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: Una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, 48 (2018): 139.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Silvina Andrea Bracamonte y José Luis Cassinerio, “La evolución de la jurisprudencia en materia de salud en Argentina”, *Documento de Investigación 113*, South Centre, (2020): 44.

²⁷ Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, 4(2008): 275.

del dictamen fiscal recogido por dicha Corte, se sostuvo lo siguiente:

Corresponde recordar en primer término, que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución... El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...) Conforme a los certificados médicos agregados en autos, los medicamentos le son absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad y la incontinencia que padece (...) Por las razones expuestas, estimo que el I.N.S.S.J.P. debe proporcionar a la actora el 100 % de Ampliactil y los pañales descartables que necesite²⁸.

En este fallo se evidencia la importancia que ha brindado el citado tribunal al acceso a medicamentos. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, como explica Varela:

El derecho a la Salud en su triple dimensión, física, mental y social, en tanto que derecho humano, reconocido por la constitución nacional argentina, tiene un valor preeminente en virtud de su vinculación directa con el derecho a la vida, que lo ubica por encima del derecho de propiedad u otros derechos de naturaleza adjetiva. Ello así, porque como bien ha sostenido nuestro máximo tribunal la salud es un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...)

La jurisprudencia también se ha constituido en la vanguardia de la garantía del derecho a la salud, al admitir tratamientos médicos no convencionales ante la prueba de su incidencia positiva en la salud del paciente (...) La actitud del poder judicial, vista como un todo, se acerca al ideal planteado por el Protocolo de San Salvador de reconocer la salud como un bien público y tomar acciones para garantizar ese derecho con lo que la Nación argentina avanza en el logro de una salud plena para los ciudadanos²⁹.

En el Ecuador, como se señaló anteriormente, la CCE ya se ha referido al acceso a medicamentos en sentencias previas, por lo que se puede advertir una línea jurisprudencial evolutiva que ha ido ampliando su reconocimiento y garantía. En este sentido, se observa que en la sentencia 016-16-SEP-CC de 13 de enero de 2016, la Corte sostuvo que:

[L]a Constitución orienta la tarea del Estado a adoptar la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y (...) garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces (...) el Estado debe garantizar el acceso así como la disponibilidad de medicamentos, los cuales tienen que ser de calidad y gratuitos en caso de ser portador de VIH o enfermo de SIDA y otras enfermedades³⁰.

Igualmente, en la sentencia 364-16-SEP-CC la CCE ratificó el mentado criterio y concluyó que, “la falta de entrega oportuna del medicamento” requerido por el accionante, “causa vulneración a su derecho constitucional a la salud en

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*, 16 de junio de 2006.

²⁹ Marcela Claudia Beatriz Varela, “Judicialización del derecho a la salud por parte de usuarios de obras sociales”, *Universidad Siglo 21* (2018): 66.

³⁰ CCE, *Sentencia 016-16-SEP-CC*, 13 de enero de 2016: 25 y 35.

relación con el derecho a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como grupo de atención prioritaria”³¹. Asimismo, en la sentencia 074-16-SIS-CC, la Corte se refirió al “derecho humano a los medicamentos”³² y a una serie de obligaciones correlativas del Estado a fin de satisfacerlo adecuadamente. Finalmente, en la reciente sentencia 679-18-JP/20 la CCE ha extendido aún más su línea jurisprudencial y ha establecido criterios y parámetros específicos dirigidos a las juezas y jueces de instancia, para viabilizar la plena justiciabilidad del derecho a la salud.

Los parámetros fijados por la Corte relacionados a la tutela judicial efectiva en el derecho de acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces:

Uno de los grandes obstáculos que han debido superar los DESCA ha sido la idea programática que se les ha asignado tradicionalmente, dejando de lado su exigibilidad³³; con ello, en gran medida se había postergado la posibilidad de exigencia por la vía judicial, dejando prácticamente todas

las decisiones sobre su desarrollo y aplicación a lo que pudieren o no ejecutar los órganos de índole eminentemente político, como el ejecutivo y el legislativo, y en razón de estrictas consideraciones de orden económico.

Frente a estas circunstancias, la CRE consagra expresamente la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales³⁴; y, entre ellos, evidentemente también los denominados derechos del buen vivir, a los cuales corresponde, entre otros, la salud³⁵ y con ello, el acceso a medicamentos. Lo que queda en la actualidad por desarrollar en torno a la justiciabilidad de los derechos a nivel de las normas, políticas públicas y en especial para la jurisprudencia constitucional, es el nivel de protección que el Estado debe garantizar al momento de cumplir con su obligación de proveer de medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

Para ejercer el derecho de acceso a medicamentos con las características de calidad, seguridad y eficacia, la Corte ha determinado

³¹ CCE, Sentencia No. 364-16-SEP-CC, 15 de noviembre de 2016: 35.

³² CCE, Sentencia No. 074-16-SIS-CC, 12 de diciembre de 2016: 47.

³³ Roberto Omar Berizonce, “Activismo judicial en la construcción de las políticas públicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 36 (2010): 11.

³⁴ CRE, Registro Oficial No. 449, 2008, Art. 11.3.

³⁵ Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos”. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición (2012): 99.

que a nivel constitucional la garantía jurisdiccional adecuada y eficaz es la acción de protección. Esta garantía así concebida como de conocimiento y reparadora, constituye a todas luces el instrumento de orden procesal constitucional apropiado para una tutela judicial efectiva, en razón de su naturaleza eminentemente tuitiva.

En la sentencia 1943-12-EP/19, la Corte estableció que procesalmente la tutela judicial efectiva se traduce como el derecho de petición, llegando a indicar expresamente lo siguiente:

En este contexto, la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido de la tutela judicial efectiva y al hacerlo ha sostenido consistentemente que esta se compone de tres supuestos, a saber: 1. el acceso a la administración de justicia; 2. la observancia de la debida diligencia; y, 3. la ejecución de la decisión. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de la controversia de manera motivada³⁶.

Específicamente en la reciente sentencia 679-18-JP/20, la Corte aísla el enfoque que debe adoptar un juez constitucional de instancia al tener la obligación, en cada caso concreto, de circunscribir su decisión de forma estricta al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces como responsabilidad del Estado³⁷. Para ello, determina criterios que

posibilitan delimitar sus posibilidades de reparación, con lo cual el ejercicio se traduce en una correcta tutela.

La CCE ha emitido directrices que desarrollan de manera más específica y detallada los parámetros establecidos en la CRE y la LOGJCC, en el trámite de garantías jurisdiccionales en los cuales se busca tutelar el derecho constitucional a la salud, en la dimensión del acceso a medicamentos de calidad. En tal virtud, la Corte distingue y puntualiza las distintas fases o etapas del procedimiento en: presentación de la demanda y citación a los demandados, audiencia pública, evacuación de la prueba, reparación integral y seguimiento.

En la presentación de la demanda y citación a los demandados, se detallan aspectos a fin de que se produzca la suficiente conformación de la litis, que comprende a más de las partes procesales a aquellos partícipes necesarios, como son: persona experta delegada por el Comité Técnico Interdisciplinario, persona experta en cuidados (cuidados paliativos) y persona delegada de la Dirección Nacional de Medicamentos del MSP.

En cuanto al desarrollo de la audiencia pública, se destaca la

³⁶ CCE, *Sentencia 1943-12-EP/19*, 25 de septiembre de 2019: párr. 45.

³⁷ CRE, Registro Oficial No. 449, 2008, Art. 363.7.

posibilidad de comparecencia de forma virtual de los demandados; previéndose que en caso de inasistencia de las personas expertas requeridas, se producirá la suspensión de la audiencia, debiendo en consecuencia señalarse nuevo día y hora para la reinstalación de la misma. En caso de producirse una segunda inasistencia, se configurarían a criterio de la Corte responsabilidades y la necesidad de imponer la correspondiente sanción; inclusive se puede desprender responsabilidad penal, como sería el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. En todo caso, la CCE determina que se puede suplir esta segunda ausencia con expertos independientes, o en su defecto acudir a pruebas documentales para formarse criterio.

En el desarrollo de la audiencia pública, a más de las reglas propias previstas en el Art. 14 de la LOGJCC, la Corte establece como elemento a destacar la relevancia de la intervención del paciente, en su calidad de persona afectada. Aspecto medular lo constituye la corroboración y cumplimiento de indicadores³⁸ en el análisis del derecho de acceso a medicamentos alegado como

vulnerado, y que tiene relación con cuatro elementos: i) finalidad del tratamiento para el disfrute del más alto nivel posible de salud; ii) calidad; iii) seguridad; y, iv) eficacia.

Asimismo, la CCE determina en el párrafo 235 de la referida sentencia, una especie de prueba de oficio, necesaria a evacuarse en el ámbito de la acción de protección, al establecer en el proceso de violación del derecho de acceso a medicamentos, la verificación de 5 aspectos:

i) la enfermedad diagnosticada por un profesional de la salud del sector público y de la red complementaria de salud;

ii) la prescripción médica de un medicamento dentro de un tratamiento;

iii) la dificultad o imposibilidad de acceder a los medicamentos;

iv) la información y el consentimiento libre e informado del paciente para someterse al tratamiento en base a medicamentos y la finalidad del disfrute del más alto nivel posible de salud;

v) la calidad, seguridad y eficacia del medicamento por parte de una persona experta imparcial.

La Corte menciona la posibilidad de presentar acciones de protección colectivas, pero exigiendo que la resolución sea emitida para cada caso concreto.

³⁸ Sobre el uso de indicadores en derechos humanos, ver: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*. Ginebra: ACNUDH (2012), <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Indicators/Pages/documents.aspx>. Además, para el caso interamericano, ver: Ramiro Avila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección por indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar (2013), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>.

En atención a la naturaleza reparatoria de la acción de protección, la Corte repasa de forma general la noción de reparación integral contenida en la CRE y LOGJCC. Luego, procede a trasladar tales conceptos al derecho de acceso a los medicamentos, estableciendo con ello ciertas directrices a tomar en consideración por parte de los operadores de justicia, como por ejemplo: i) escuchar a la víctima en la forma de reparación adoptada; ii) cuando se trate de acciones colectivas las reparaciones serán a título individual; iii) las medidas de reparación deben ser posibles, determinadas y proporcionales; iv) no se podrá determinar la compra de medicamentos de determinada marca; v) no se podrá ordenar la

incorporación de un medicamento en el cuadro nacional de medicamentos básicos.

Finalmente, la Corte establece criterios aplicables a la fase de seguimiento, como son: i) que el seguimiento se lo hará individualmente, debiendo para ello el comité de farmacología de cada unidad de salud reportar mensualmente a más del juzgador a la autoridad sanitaria nacional; ii) se prevé que en caso de que el paciente decida libre y voluntariamente dejar de tomar la medicina, el juez deberá cambiar o modular la resolución sobre su caso; iv) en base a nueva información el juez podrá cambiar la medida y de ser el caso podría llamar a audiencia; v) se podrá disponer a la Defensoría del Pueblo que realice el seguimiento correspondiente.

Conclusión:

En su reciente sentencia 679-18-JP/20, la Corte ha sentado un hito en lo que respecta a la justiciabilidad de los DESCAs, y más específicamente del derecho a la salud y acceso a medicamentos. Dentro de los diversos y muy relevantes aspectos tratados en el referido fallo, destacan la fijación de parámetros concretos y precisos acerca de la tutela judicial efectiva en caso de acceso a medicamentos.

En este sentido, se debe resaltar la determinación de una serie de directrices y lineamientos para que las juezas y jueces de instancia puedan administrar justicia de manera eficaz al momento de resolver una acción de protección sobre esta materia.

Por una parte, se ha sentado un nuevo precedente jurisprudencial que ratifica la plena exigibilidad y

justiciabilidad de los DESCAs, lo que contribuye a consolidar la tendencia de la doctrina y jurisprudencia internacional y comparada. En este contexto, la sentencia ratifica el valor fundamental del derecho constitucional a la salud, y en el marco de su pleno cumplimiento, el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. Lo crucial al respecto es que la Corte no se ha limitado a conceder lo demandado por las personas accionantes, sino que ha desarrollado reglas jurisprudenciales que permitan a la administración de justicia en su conjunto brindar tutela efectiva y oportuna a los derechos en referencia.

En definitiva, la sentencia 679-18-JP/20 y acumulados marca un hito jurisprudencial al diseñar en las distintas fases de la acción de protección (considerada en sede constitucional como la garantía jurisdiccional adecuada y eficaz para garantizar el acceso a medicamentos), los parámetros, directrices e indicadores que los operadores de justicia deben aplicar al momento de formarse criterio para emitir una sentencia. Resulta por lo tanto indispensable que este fallo sea ampliamente divulgado y asumido a todo nivel; particularmente por parte de la judicatura ecuatoriana y de las diversas personas que operan en el sistema judicial.

La necesidad de la declaración jurisdiccional previa al procedimiento disciplinario en los casos de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable: La nueva regla jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 3-19-CN/20

*Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo, y Valeria Garrido Salas*

Introducción:

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió el 29 de julio de 2020 la sentencia 3-19-CN/20, por medio de la cual resolvió una consulta de norma referente a la constitucionalidad del Art. 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ). El asunto materia de la resolución tuvo que ver con la validez constitucional de la atribución disciplinaria del Consejo de la Judicatura para sancionar a un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a por presunto dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable en sus actuaciones judiciales. En tal virtud, la CCE declaró su constitucionalidad condicionada, dependiente de la existencia de una declaración jurisdiccional previa debidamente motivada.

En este sentido, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la actuación de oficio del Consejo de la Judicatura¹, exclusivamente para la aplicación de la disposición antes mencionada. La CCE también determinó que esta declaración de inconstitucionalidad tenga efectos retroactivos únicamente en casos de presentación de una garantía constitucional o una acción contencioso-administrativa, por parte de un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a destituido/a por la aplicación del Art. 109.7, anterior a la publicación y ejecutoria de la sentencia.

Mediante esta decisión, la Corte destacó a la independencia judicial como un concepto fundamental en un Estado Constitucional², al considerarla una garantía básica del debido proceso, de la cual dependen

¹ COFJ, Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009: Art. 113: "Ejercicio de la acción. - La acción disciplinaria se ejercerá de oficio, o por queja o denuncia".

² CCE, Sentencia No. 3-19-CN/20, 29 de julio de 2020, párr. 23.

otros derechos y principios³ previstos en la Carta Fundamental. Al respecto, la CCE se había pronunciado previamente aseverando que **“el buen funcionamiento del sistema judicial requiere no solo del esfuerzo moral de quienes trabajan en él, sino de hacer efectiva la independencia ya conquistada”**⁴ (énfasis añadido), puntualizando la importancia del principio de independencia de la Función Judicial, consagrado en el Art. 168 de la Constitución.

Así también, en fallos previos la CCE ha señalado que **“la independencia del juez (...) hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Función Judicial”**⁵ (énfasis añadido). En el reciente fallo de la Corte, además de ratificar el valor fundamental de la independencia judicial, también se resalta que **“la responsabilidad es la contrapartida del principio de independencia”**⁶; de manera que se hace énfasis en que, si bien las juezas y jueces gozan de libertad y garantías

proporcionadas por la Constitución y la ley, se exige que estos actúen con responsabilidad, coherencia y debida diligencia.

El presente artículo se centra específicamente en la declaración jurisdiccional como requisito previo a la iniciación del procedimiento disciplinario por parte del Consejo de la Judicatura, en los casos de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable por parte de un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a. Para el efecto, en primer lugar llevará a cabo un resumen de los aspectos fundamentales de la referida sentencia. A continuación, se efectuará una sucinta revisión de la literatura sobre la materia, así como a la jurisprudencia internacional y comparada pertinente. Finalmente, se formularán las principales conclusiones del presente análisis.

La regla jurisprudencial de declaración jurisdiccional previa:

En la sentencia 3-19-CN/20 de 29 de julio de 2020, la Corte resolvió en un proceso de consulta de norma la constitucionalidad del Art. 109.7 del COFJ. En el desarrollo de la sentencia, la CCE establece que, necesariamente,

³ *Ibid.*, parr.26.

⁴ CCE, Sentencia No. 005-12-SEP-CC, 05 de enero de 2012: 10.

⁵ CCE, Sentencia No. 059-16-SEP-CC, 02 de marzo de 2016: 9.

⁶ *Ibid.*, párr. 30.

en todo procedimiento disciplinario debe existir la declaración jurisdiccional previa que habilite el inicio de un sumario administrativo en contra de un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a, en los casos de actuaciones judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable⁷.

En este sentido, la Corte identifica dos etapas diferenciadas y secuenciales en el procedimiento disciplinario que pueda llegar a instaurarse ante el Consejo de la Judicatura, a saber: a) la primera, que comprende la declaración jurisdiccional previa; y, b) la posterior, concerniente al procedimiento administrativo sancionador, que debe respetar todas las garantías del debido proceso y que no necesariamente pueden derivar en una destitución.

Para arribar a tal razonamiento, la Corte toma en consideración tanto a la independencia judicial (en su ámbito institucional e individual o funcional), como a la responsabilidad de las servidoras y servidores judiciales, en su categoría de principios constitucionales complementarios y en cuya concreción el Consejo

de la Judicatura tiene un papel fundamental. En cuanto a la independencia judicial institucional, la CCE reconoce dos ámbitos en los siguientes términos:

Esta independencia puede ser interna, esto es, aquella que los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial tienen entre sí y en relación con otros órganos de la misma Función. Dicha independencia se complementa indefectiblemente con la independencia judicial externa, que hace referencia a la que tienen estos órganos de la Función Judicial respecto a otras funciones del Estado y, en general, respecto a injerencias provenientes de fuera de la Función Judicial⁸.

De la responsabilidad de las servidoras y servidores judiciales en particular, la Corte la considera como la contrapartida del principio de independencia judicial, habida cuenta que conforme a lo establecido en el inciso final del Art. 172 de la Constitución, la responsabilidad se erige en el límite infranqueable a toda libertad de accionar en el marco de la juridicidad y de la debida diligencia, a la que están sujetos jueces/as, fiscales y defensores/as públicos/as⁹.

Por lo que se refiere a las formas de inicio del sumario administrativo ante el Consejo de la Judicatura, el primer caso se presenta cuando en la interposición de un recurso la jueza,

⁷ En las reformas al COFJ publicadas en el Suplemento del R.O. 490, de 13 de julio de 2011, se hace extensible para las juezas y jueces la figura del error inexcusable, iniciado de oficio por el Consejo de la Judicatura, que en principio solamente se aplicaba para fiscales y defensores/as públicos/as.

⁸ CCE. *Sentencia 3-19-CN/20*, 29 de julio de 2020: párr. 24.

⁹ *Ibid.*: párr. 29.

juez o tribunal superior considera que existió dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable¹⁰. En este punto, la Corte ratifica que solamente una jueza, juez o tribunal, mediante declaración jurisdiccional previa, puede habilitar el inicio de un sumario disciplinario administrativo por tales causales. En consecuencia, en este punto la CCE considera constitucional la vía de inicio.

Empero, en lo concerniente a la segunda vía, esto es a aquella por la cual el Consejo de la Judicatura puede iniciar de oficio un procedimiento disciplinario, la Corte ha esgrimido reparos por cuanto considera que existiría un prejuizamiento, uniéndose en la misma autoridad el inicio así como la decisión final. Además, la CCE señala que se atentaría en contra del principio de independencia judicial interna, *“al permitir una indebida injerencia en las causas de un órgano de gestión y administrativo sobre actuaciones jurisdiccionales”*¹¹.

En este sentido, cabe aludir al voto salvado del juez Enrique Herrería Bonnet, que centra su análisis principalmente en el accionar de oficio de la Judicatura. A criterio del juez Herrería Bonnet, las funciones constitucionales del Consejo de la

Judicatura, como es la de dirigir los trámites de sanción a las servidoras y servidores de la Función Judicial, así como la de velar por la transparencia y eficiencia de la función judicial, dan el suficiente soporte constitucional para que tal accionar de oficio, en casos de la aplicación del régimen disciplinario por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, no sean inconstitucionales.

Asimismo, es pertinente mencionar el criterio vertido en el voto salvado de la jueza Teresa Nuques Martínez, que a más de coincidir en que la actuación de oficio del Consejo de la Judicatura no es inconstitucional ni implica *per se* una injerencia indebida en las actuaciones de un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a; agrega que la declaración jurisdiccional previa no debe ser de carácter general, y que se han de considerar ciertos aspectos necesarios. En este sentido, la jueza Nuques Martínez se inclina por exigir únicamente la declaración jurisdiccional previa para el caso de error inexcusable, mas no para la manifiesta negligencia o el dolo.

Para el caso concreto del error inexcusable, la Corte ha establecido en su voto de mayoría, en la parte resolutive, que la autoridad

¹⁰ Es importante indicar que el Art. 131.3 del COFJ, a diferencia de la sentencia de la Corte (párr. 87.1 y 88), únicamente hace expresa referencia en esta vía a la incorrección en la tramitación y al error inexcusable.

¹¹ CCE, Sentencia 3-19-CN/20, óp. cit.: párr. 91.

judicial que realice la declaración jurisdiccional previa (la cual determina principalmente si la acción u omisión judicial constituye error judicial), debe verificar los siguientes parámetros mínimos:

(i) Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable sea de aquellos errores judiciales sobre los cuales no se puede ofrecer motivo o argumentación válida para disculparlo.

(ii) Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable no se trate de una controversia derivada de diferencias legítimas, e incluso polémicas, en la interpretación o aplicación de disposiciones jurídicas.

(iii) Que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable cause un daño efectivo y de gravedad al justiciable, a terceros o a la administración de justicia. No es indispensable que el acto cause ejecutoria y sea inimpugnable¹².

En la sentencia 3-19-CN/20, en su parte resolutive, la Corte determina los requisitos que debe tener la resolución administrativa sancionatoria del Consejo de la Judicatura, a saber:

(i) Referencia de la declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable.

(ii) El análisis de la idoneidad de los jueces para el ejercicio de su cargo.

(iii) Razones sobre la gravedad de la falta disciplinaria

(iv) Un análisis autónomo y suficientemente motivado respecto a los alegatos de defensa de los jueces sumariados.

(v) Si fuere el caso, la sanción proporcional a la infracción¹³.

Es necesario mencionar que mediante acción de dirimencia de competencias constitucionales, existió un intento por parte de la Corte Nacional de Justicia para evitar que sus juezas y jueces puedan ser sancionados administrativamente por parte del Consejo de la Judicatura; ante lo cual, la Corte Constitucional para el periodo de transición, en la sentencia 002-11-SDC-CC de 15 de diciembre de 2011, ratificó la facultad constitucional del Consejo de la Judicatura para juzgar y sancionar las infracciones disciplinarias cometidas por juezas y jueces en todas las instancias, sin ninguna clase de distinción.

En resumen, la tesis principal del fallo es que la declaratoria jurisdiccional previa al inicio de un procedimiento disciplinario por parte del Consejo de la Judicatura, constituye un requisito *sine qua non*, específicamente en los casos de presunto dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable en las actuaciones judiciales de un/a juez/a, fiscal o defensor/a público/a. Esta regla jurisprudencial se enmarca en el debate doctrinario sobre la relevancia e interrelación de los principios de independencia judicial y responsabilidad en la actuación

¹² *Ibid.*: párr. 113.6.

¹³ *Ibid.*: párr. 113.4.

jurisdiccional. En este sentido, se constituye en un hito que resuelve una cuestión largamente discutida en el país.

La independencia judicial frente a las atribuciones disciplinarias de los órganos administrativos de la Función Judicial:

La independencia judicial constituye un principio fundamental en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. En este sentido, como explica Aldunate Lizana:

Este es precisamente el fundamento funcional de la independencia judicial: asegurar la vigencia de una norma general y abstracta. Allí donde el juzgador puede quedar sujeto a una instrucción, o a una situación especial que le mueva a adoptar una forma de proceder ad hoc en un caso, la norma, como mandato general y abstracto de conducta, pierde su entidad reguladora¹⁴.

De acuerdo con los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* de la Organización de Naciones Unidas, la independencia judicial se refiere a que las personas que ejercer atribuciones jurisdiccionales, *“resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y*

*sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”*¹⁵.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la CRE determina que, *“los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”*¹⁶. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su Art. 8 como garantía judicial, que toda persona *“tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”*¹⁷. En igual sentido, el COFJ prescribe expresamente lo siguiente:

Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio

¹⁴ Eduardo Aldunate Lizana, “La independencia judicial. Aproximación teórica. Consagración constitucional y crítica”. *Revista de la Universidad Católica de Valparaíso*, XV (1995): 12.

¹⁵ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

¹⁶ CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: Art. 167.1.

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley¹⁸.

Sin embargo, la enunciación doctrinaria de este principio no ha sido unívoca, ya que algunos autores distinguen entre imparcialidad e independencia, independencia interna y externa, insularidad y neutralidad, formal y material, sustantiva y estructural, como función o como garantía, en dimensiones negativas o positivas, entre otras¹⁹. Por este motivo, resulta esclarecedora la conceptualización formulada por Sebastián Linares²⁰, quien primeramente sostiene que en esencia la palabra independencia implica una ausencia de vínculo entre un sujeto (A) y un objeto (B). En este sentido, el citado autor aclara que el sujeto sería primordialmente el juez individual; mientras que el objeto correspondería a actores tales como el gobierno, la legislatura, los medios de comunicación, grupos de poder económico, oenegés, otros jueces, partes del juicio, público general, u otros organismos del sistema de justicia.

En lo concerniente a la ausencia de vínculo, Linares argumenta que esto

se encuentra íntimamente ligado con la noción de poder, entendido como la capacidad de lograr que el sujeto se conduzca de tal modo que satisfaga las preferencias del actor incidente²¹. Sin embargo, el autor en referencia añade que no todo ejercicio de poder concebido como injerencia se puede considerar ilícita. Concretamente, como lo explica Linares con precisión:

Para que un juez sea independiente, es necesario que esos otros agentes de la relación analizados como 'objetos'... no ejerzan 'ciertos tipos de poder' sobre el juez. Esos tipos podemos englobarlos dentro de la noción de 'poder ilegal'. Por ilegalidad de las injerencias o del poder podemos entender el hecho de que una decisión judicial sea tomada en razón de sobornos, amenazas, coacción, manipulación ideológica o lealtades políticas. Esta añadidura (la ilegalidad) al poder es de suma importancia, porque no toda injerencia es ilícita: existen canales legales a través de los cuales las partes u otros sujetos pueden hacer valer sus preferencias. Por ejemplo, las partes podrán influir en un juez aportando pruebas y argumentos legales o intentando convencer al mismo de que determinada interpretación es la correcta; lo que no es lícito hacer es coaccionar, amenazar o sobornarle para que tome tal o cual decisión. Es decir, los actores que integran el elemento B no pueden ejercer ningún tipo de 'poder' que no sea el que la ley permita o acepte como legítimo²².

Por consiguiente, no toda injerencia o intervención en la actividad jurisdiccional de una jueza

¹⁸ COFJ, Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009: Art. 8.

¹⁹ Sebastián Linares, "La independencia judicial: conceptualización y medición". *Política y Gobierno*, XI (1) (2004): 73-74.

²⁰ Cfr. *Ibid.*: 73-77.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibid.*: 80-81.

o juez se puede considerar violatoria de la independencia judicial. Esto quiere decir que el ejercicio de esos poderes a los que se alude no se considerará atentatorio cuando se corresponda con lo dispuesto en la Constitución y la ley, y sea legítimo. Esta perspectiva también es recogida por Chaires Zaragoza, quien tras explicar que la independencia judicial se originó en el constitucionalismo liberal en una dimensión estructural, añade que posteriormente incorporó la dimensión individual del juzgador, sosteniendo específicamente lo siguiente:

[L]a doctrina contemporánea ha venido a identificar la independencia del Poder Judicial en su aspecto orgánico y funcional. Es decir, hoy en día la independencia judicial no se considera como un concepto absoluto sino relativo; todos los tribunales son en alguna forma independientes y en otra subordinados, de manera que no se pueden concebir completamente aislados²³.

Hechas estas aclaraciones, corresponde aludir más específicamente a la denominada independencia interna o funcional, teniendo en cuenta el punto medular resuelto en la sentencia en comento. Al respecto, cabe señalar que según lo evidenciado por Santiago Basabe,

se trata de una cuestión que no ha recibido la atención necesaria en el ámbito latinoamericano, a pesar de las significativas dificultades que ha tenido su óptima plasmación en la región²⁴. Esta noción de la independencia judicial se relaciona con “*la importancia de que los jueces no sufran injerencias de parte de actores internos al poder judicial*”²⁵. En tal virtud, resulta relevante lo manifestado por Santiago Andrade Ubidia, en el sentido de que:

El tema de la independencia debe ubicarse en su justo punto: no es autarquía de los órganos, al punto de que pretendan funcionar como mundos aparte, olvidándose de la necesaria planificación coordinada con la nacional, de la utilización racional de los recursos, de la capacitación homogénea, de un sistema unitario de ingreso, promoción, control disciplinario y exclusión de sus servidores, etc. No pueden existir dentro de la Función Judicial órganos en que la discrecionalidad y el manejo omnímodo de una sola persona sean la regla general. No puede existir el personalismo porque ello es antidemocrático y violatorio de la Carta Fundamental. Pero, al mismo tiempo, en el ejercicio funcional los órganos y sus integrantes no han de hallarse sometidos sino a la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la ley. La verdadera autonomía se da en el plano funcional, en cuanto ejercer las actividades que les son propias por el mandato constitucional²⁶.

Evidentemente, la independencia judicial externa e interna se

²³ Jorge Chaires Zaragoza, “La independencia del poder judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XXXVII (10) (2004): 529.

²⁴ Cfr. Santiago Basabe-Serrano, “Algunos determinantes de la independencia judicial interna: un estudio comparado de las cortes de Chile, Perú y Ecuador”. *Ecuador Debate*, 96 (2015).

²⁵ Diego Jadán, “Independencia judicial y poder político en Ecuador”. *Serie Magíster*, 245. Universidad Andina Simón Bolívar (2019): 8.

²⁶ Santiago Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, Derechos e Instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editoria Nacional, Quito (2009): 248-249.

encuentran interrelacionadas, puesto que no se puede entender la plena autonomía de la actuación jurisdiccional sin la garantía brindada por ambas dimensiones. De allí que la independencia interna se encuentre instrumentalizada en la práctica a través de una serie de mecanismos:

Las garantías subjetivas configuran un conjunto de mecanismos encaminados a que la actuación del juez sea, en lo más posible, apegada a derecho; estas garantías van desde el sometimiento exclusivo del juez a la ley, hasta las de acceso a la carrera judicial, nombramientos, inamovibilidades, garantías económicas... se presenta como premisa inexcusable del Estado democrático de derecho, el establecer sistemas judiciales en los que se garantice el principio de independencia, a cuyo servicio se estructuran los de legalidad, inamovilidad y remuneración, actuando como contrapartida de dicha independencia el principio de la responsabilidad de los jueces, y como elementos para su correcta determinación la transparencia de las actuaciones judiciales y un adecuado sistema de información a los ciudadanos²⁷.

Ahondando en el análisis, cabe indicar que el sistema judicial ecuatoriano, en lo que respecta a la designación y carrera de quienes ejercen funciones jurisdiccionales, se corresponde con el modelo continental-europeo. Bajo esta premisa, se puede constatar que la independencia judicial cobra particular relevancia en los sistemas con ascendencia continental europea

o de *civil law* frente al *common law*, ya que como describe el autor Chaires Zaragoza:

Evidentemente es en el sistema civil, en el que el estatus de juez es el de un funcionario del Estado, donde se plantea básicamente el problema de la independencia subjetiva del Poder Judicial, ya que la subordinación y jerarquización del juez dentro de la estructura interna del Estado puede, y de hecho así lo hace, representar una disminución de su poder²⁸.

Asimismo, como explica claramente Diez-Picazo, hay un contraste entre el modelo de independencia judicial anglosajón del continental-europeo, esencialmente porque:

Aparecieron, de este modo, el *juez-funcionario* y *la carrera judicial*, que son aún hoy los rasgos definitorios de la judicatura europeo-continental: el Juez no es un profesional experimentado y prestigioso del Derecho que, como culminación de su carrera, es llamado al ejercicio de la jurisdicción, sino un licenciado en Derecho — normalmente sin experiencia previa y cuya personalidad global resulta desconocida— que aspira a ascender dentro de un cuerpo de funcionarios y que, por tanto, es sensible a cuanto pueda suponer un obstáculo para la consecución de este objetivo²⁹.

De esto se desprende otro de los importantes principios de la actividad jurisdiccional y que también fue analizado por la CCE en su reciente fallo: el de responsabilidad. Como indica el mismo Diez-Picazo, “*el juez*

²⁷ Jorge Chaires Zaragoza, *óp. cit.*: 536 y 538.

²⁸ 537.

²⁹ Luis María Diez-Picazo, “Notas del derecho comparado sobre la independencia judicial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (34) (1992): 29.

européo-continental es, a diferencia del Juez anglosajón, jurídicamente responsable por los actos realizados en el ejercicio de su función”³⁰. En este sentido, el autor en referencia plantea justamente la disquisición respecto al sujeto o entidad a cargo de determinar la responsabilidad de la jueza o juez, identificando en el Derecho comparado dos tipos de respuesta: la imposición de responsabilidad mediante resolución judicial, o a través de órganos *ad hoc* como los Consejos de la Magistratura y similares³¹. Con estas premisas, Díez-Picazo alude al asunto medular de la discusión: el control disciplinario de la actividad jurisdiccional por parte de órganos administrativos:

La independencia interna es sentida, más bien, como una necesidad con respecto a aquellas actuaciones del órgano de gobierno de la judicatura que entran dentro de su esfera de atribuciones: inspecciones, informes, evaluación del comportamiento profesional, etc. Todo ello puede influir, indirecta pero poderosamente, en el modo de ejercicio de la función jurisdiccional por parte de cada Juez. Baste pensar, verbigracia, en la espinosa cuestión de si cabe la responsabilidad disciplinaria por actos jurisdiccionales *stricto sensu*. En el fondo, el interrogante es un pseudoproblema, no sólo porque a menudo es imposible distinguir lo jurisdiccional de lo organizativo y de gestión, sino sobre todo porque los instrumentos de inspección y evaluación permiten un control subrepticio del ejercicio de la función jurisdiccional. Así, pues, tampoco por esta vía se escapa a la contradicción última

de la independencia en una judicatura de tipo funcional³².

De esto se deduce que ha existido desde hace mucho tiempo un dilema entre la ineludible responsabilidad jurídica de las personas que administran justicia en un modelo de judicatura funcional, y la inderogable obligación de respetar y garantizar la independencia judicial en su dimensión interna. Como se examinó anteriormente, la solución brindada por la CCE en los casos de presunto dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable implica exigir una declaración jurisdiccional previa, lo que podría conceptualizarse como un modelo híbrido o mixto: una primera e indispensable determinación judicial, seguida de la actuación administrativa en materia disciplinaria del órgano constitucionalmente erigido para el efecto.

En el contexto ecuatoriano, cabe señalar que la discusión sobre la tensión entre las facultades disciplinarias del Consejo de la Judicatura y la independencia judicial ha sido recogida en diversos estudios y análisis, especialmente en lo que atañe al denominado error inexcusable. Así por ejemplo, Albán Delgado ha encontrado evidencia

³⁰ *Ibíd.*: 32.

³¹ *Ibíd.*: 33.

³² *Ibíd.*: 35.

de que la mayoría de académicos y profesionales del Derecho se encuentra en desacuerdo con la sanción disciplinaria basada en el error inexcusable³³. Otros autores también han cuestionado la legitimidad y aceptabilidad de esta medida frente a la relevancia del error inexcusable, incluso planteando la necesidad de que la acción administrativa disciplinaria se encuentre precedida por la declaración jurisdiccional previa, como lo ha establecido la Corte en su reciente sentencia³⁴.

En la jurisprudencia internacional y comparada, estos aspectos han sido también ampliamente abordados. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha manifestado que *“uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”*³⁵. El citado tribunal interamericano también ha

recalcado que los estándares sobre independencia judicial determinan, *“la destitución obedezca a conductas bastante graves, mientras que otras sanciones pueden contemplarse ante eventos como negligencia o impericia”*³⁶. En lo concerniente a la independencia interna, la Corte IDH ha señalado claramente lo siguiente:

[S]i bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación³⁷.

A estos criterios jurisprudenciales de la Corte IDH se suman los también citados por la CCE en la sentencia 3-19-CN/20, concretamente que, *“En el ámbito disciplinario es imprescindible*

³³ Mayra Patricia Albán Delgado, “El error inexcusable en la independencia de la Función Judicial del Ecuador”. *Universidad Central del Ecuador*, (2016).

³⁴ Ver: Marlier Teresa Ramírez Meneses y María Belén Thigpen Tafur, “El control del error judicial inexcusable frente a la independencia judicial”, *Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, (2017); Jonathan Alexander Rosero Córdova, “La figura del error judicial inexcusable, independencia judicial interna y debido proceso”. *Universidad Central del Ecuador* (2018); Dolores Mabel Yamunaque Parra, “El error inexcusable y la independencia judicial interna”, *Universidad Andina Simón Bolívar* (2016);

³⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 71, párr. 73.

³⁶ Corte IDH. *Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 266, párr. 148.

³⁷ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182, párr. 55.

la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo”³⁸. En la jurisprudencia comparada también es posible encontrar algunos criterios relevantes. Así por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica emitió en el año 1995 un precedente significativo, en el que analizó precisamente la injerencia de las facultades disciplinarias en las funciones propias del juez. En este sentido, dicho órgano jurisdiccional sostuvo lo siguiente:

[L]a actividad fiscalizadora del Tribunal (disciplinario) no puede interferir sobre la función jurisdiccional, porque estas sanciones -las disciplinarias- no tienen el efecto de anular o alterar las resoluciones jurisdiccionales, o de influir directamente sobre el asunto en cuestión... en relación con el régimen disciplinario, lo que debe valorar del juez es, por una parte, todo lo que produce el servicio público eficiente... y por otra parte, debe valorar la eficiencia del juez como funcionario público, de manera que el contenido de sus sentencias lo que demuestra es su capacidad profesional e idoneidad en el puesto que desempeña, es decir, si conoce y aplica correctamente el derecho... Ello implica que, a un juez, únicamente puede imponérsele una sanción de este tipo -disciplinaria- cuando mediante un procedimiento de investigación, en el que se garanticen sus derechos derivados del debido proceso, se compruebe el incumplimiento de las funciones que le son propias en razón del cargo

que desempeña, pero no por criterios vertidos en los fallos y decisiones de carácter jurisdiccional, los cuáles sólo serán susceptibles de la revisión por el superior, cuando medien los recursos de ley, excepto que de ellos se derive la convicción clara de su incumplimiento para desempeñar el cargo para el que fue nombrado... puede entrar a valorar la actividad genérica del juez mediante el estudio de sus pronunciamientos, pero únicamente para determinar su idoneidad en el puesto que desempeña; no podrá incidir directamente en un caso concreto, señalando los errores de interpretación en que estima incurrió el juez al aplicar el derecho, por cuanto ésta es una función eminentemente jurisdiccional, y dicha instancia es de carácter administrativo. Por ello, la Inspección Judicial necesita de una pluralidad de casos, no pudiendo valorar la capacidad o competencia de un juez por un sólo pronunciamiento -salvo que se trate de un error manifiestamente absurdo y de gran gravedad-, porque ello sería facultarlo para evaluar el contenido jurídico de los fallos jurisdiccionales, lo que bajo ningún punto de vista es posible³⁹.

De este criterio jurisprudencial del alto tribunal costarricense se destaca la distinción entre las cuestiones sujetas a control disciplinario, de aquellas de índole eminentemente jurisdiccional. En tal sentido, la valoración disciplinaria de un juez estaría vinculada a su ejercicio como funcionario público y no a lo que específicamente resuelva en un caso concreto. De acuerdo a estos discernimientos, únicamente procedería una sanción drástica en los casos de errores manifiestamente absurdos y de gran gravedad.

³⁸ Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 227, párr. 120.

³⁹ Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 01265, 7 de marzo de 1995.

En este mismo sentido, resulta particularmente relevante la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional de Colombia, que también se ha referido al control disciplinario a quienes ejercen potestades jurisdiccionales. Es así que dicha Corte ha señalado lo siguiente:

[C]laro es que los operadores jurídicos se encuentran sometidos a la referida potestad disciplinaria. Sin embargo, esa *relación especial de sujeción* surgida por la atribución de la función pública, no tiene la virtualidad de extenderse al contenido de las decisiones y providencias que profieran en ejercicio de sus atribuciones, dentro de la probidad, transparencia, objetividad, imparcialidad, autonomía e independencia que... caracterizan la labor judicial... Sobre este particular, la Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia, de manera reiterada y unívoca, que las providencias judiciales y su contenido se sustraen, por regla general, a la función disciplinaria... De esta suerte, el derecho disciplinario no puede cuestionar el proceso decisorio de un funcionario judicial en cuanto que su motivación y contenido sea exclusivamente el resultado de la interpretación y aplicación razonable de la ley a un caso concreto (...) Ahora bien, en desarrollo de ese mismo paradigma conceptual, *contrario sensu*, la Corte Constitucional igualmente ha expresado que, de manera excepcional, cuando se profieren decisiones judiciales por completo incompatibles con los principios de la interpretación razonable, suscitándose con ello una grave afectación a los principios de la administración de justicia, es posible que la potestad disciplinaria pueda ocuparse de su contenido por infringir la Constitución y las leyes, incluso si se trata de una exlimitación en el ejercicio de la función pública asignada al operador jurídico (...) Ha sido pues, sobre la base de las consideraciones traídas a colación que esta Corte ha afianzado una dogmática con alcance general que se

mantiene inmutable en la jurisprudencia y que tiene que ver con el hecho de que, en materia de autonomía e independencia judicial, los jueces no son susceptibles de control disciplinario por las opciones hermenéuticas que asuman en el marco de su ámbito funcional, regla que aunque no es absoluta, sí propugna por un máximo de protección a la autonomía y un mínimo de injerencia disciplinaria en materia interpretativa. Esto último, implica que la falta disciplinaria solo puede originarse por incumplimiento de deberes legales o constitucionales incompatibles con los principios de la administración de justicia⁴⁰.

Como se puede apreciar, la Corte colombiana también ratifica que la actividad jurisdiccional en estricto sentido no puede ser sujeta de cuestionamiento disciplinario, entendida como aplicación práctica de las opciones hermenéuticas asumidas por las personas que administran justicia en el marco de su ámbito funcional. De allí que el control disciplinario deba ejercitarse de manera restringida y no discrecional. Finalmente, resulta interesante también aludir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que al respecto ha señalado que:

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, **en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.** El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber: a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-450/18*, 19 de noviembre de 2018.

al respeto al principio de separación de poderes. b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción. c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia⁴¹ (énfasis añadido).

El Tribunal peruano es igualmente consciente de la relevancia del principio de responsabilidad, y con notable prolijidad plantea la discusión en los siguientes términos:

La correlación en el binomio independencia y responsabilidad debe ser tratada con ecuanimidad, e impone la búsqueda de límites que determinen su exigencia de modo efectivo y sobre aspectos relacionados exclusivamente con el ejercicio de la función judicial y fiscal, sin ir más allá... Si la independencia es la garantía política para predicar la imparcialidad de la justicia en cualquier sistema, la responsabilidad es su contrapartida por excelencia. Responsabilidad implica una serie de compromisos en la labor de la magistratura, compromisos que van desde la lealtad a la Constitución y sus valores, hasta la imprescindible solvencia moral con la que debe actuar en el ejercicio de las funciones. Es la responsabilidad con la que actúa cada día un magistrado, lo que permite contrastar públicamente su independencia⁴².

En suma, se puede constatar que la jurisprudencia internacional y comparada destaca el valor fundamental de la independencia judicial, especialmente en su dimensión interna o funcional. En tal virtud, se aquilata la necesidad de no interferir en el ejercicio de las atribuciones eminentemente jurisdiccionales de juezas y jueces, limitando el control disciplinario a casos de extrema gravedad y obviedad. De igual manera, se ha apreciado la relevancia brindada al principio de responsabilidad, el cual se encuentra estrechamente interrelacionado con el de independencia. Por tanto, resulta indispensable para los órganos disciplinarios de la Función Judicial encontrar el balance óptimo para desplegar sus atribuciones, sin lesionar la autonomía de quienes ejercen funciones jurisdiccionales. En este sentido, la CCE ha formulado una regla precisa que justamente pretende garantizar y hacer efectivo dicho equilibrio.

Conclusiones:

En la reciente sentencia 3-19-CN/20, la CCE ha fijado una regla jurisprudencial fundamental, que establece parámetros precisos

y concretos para el ejercicio de las atribuciones disciplinarias del Consejo de la Judicatura en los casos de presunto dolo, manifiesta

⁴¹ Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, 9 de junio de 2004: párr. 31.

⁴² Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3361-2004-AA/TC, 12 de agosto de 2005: 11.

negligencia o error inexcusable en las actuaciones de juezas, jueces, fiscales y defensores/as públicos/as. Específicamente, la Corte ha determinado que en tales casos se debe ineludiblemente contar con una declaración jurisdiccional previa al inicio del expediente disciplinario administrativo. Esto implica imponer limitaciones al ejercicio del control disciplinario en el ámbito de la Función Judicial, en aras de simultáneamente garantizar y lograr un equilibrio óptimo entre los principios de independencia judicial y responsabilidad funcional.

En el presente artículo se ha reflexionado sobre la relevancia de este fallo a la luz del debate doctrinario y jurisprudencial sobre la materia. En este sentido, se ha podido constatar que la dialéctica al respecto ha sido de larga data y ha suscitado disquisiciones y planteamientos de notable interés y relevancia académica. En este contexto, la decisión de la Corte se erige como un hito jurisprudencial orientado a consolidar los más altos valores constitucionales que rigen la actividad jurisdiccional, garantizando su plena autonomía libre de injerencias indebidas. Por estos motivos, se trata de una

sentencia que sin duda contribuirá enormemente al debate jurídico en torno a estos aspectos y su indiscutible preeminencia constitucional.

Obligatoriedad de la consulta prelegislativa (Art. 57.17 de la Constitución) por parte de todas las autoridades públicas con potestad normativa o administrativa

*Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas*

Introducción:

La Corte Constitucional (en adelante, la CCE o la Corte) emitió el 1 de julio de 2020 la sentencia 20-12-IN/20, por medio de la cual resolvió una acción pública de inconstitucionalidad planteada en contra del Acuerdo Ministerial No. 80 del Ministerio del Ambiente; y declaró que dicha disposición es inconstitucional por el fondo y por la forma, por vulnerar el derecho de las comunidades indígenas a: i) ser consultadas antes de la adopción de una medida legislativa que puede afectar cualquiera de sus derechos (Art. 57.17); ii) limitar las actividades militares en sus territorios (Art 57.20); y, iii) mantener la posesión de sus tierras ancestrales (Art. 57.5). La CCE determinó que esta declaración de inconstitucionalidad tenga efectos diferidos, a fin de que el Ministerio del Ambiente emita un nuevo Acuerdo que cumpla con los requisitos establecidos en la sentencia en referencia.

En el fallo en cuestión, la Corte resolvió una serie de aspectos relacionados con la consulta previa, los derechos colectivos, derechos de la naturaleza, la seguridad nacional, el bloque de constitucionalidad, entre otros. Se trata de una sentencia que proyecta una gran repercusión y que ha sentado un hito importante en la jurisprudencia constitucional. La actualidad y complejidad de los temas abordados queda evidenciada por el hecho de haberse emitido dos votos salvados y un voto concurrente, en los cuales se formularon también interesantes criterios que permiten discernir precisamente la alta significancia e impacto del dictamen.

El presente artículo se centra específicamente en la nueva regla jurisprudencial establecida por la CCE en torno a la aplicabilidad de la consulta prelegislativa regulada en el Art. 57.17 de la Constitución (en adelante, CRE), no sólo a las leyes

emitidas por la Asamblea Nacional, sino también a todo tipo de medida normativa o administrativa. Para el efecto, en primer lugar se examinará sucintamente la regla jurisprudencial anterior y los fallos previos relevantes; seguidamente se analizará el nuevo criterio fijado por la Corte, considerando la relevancia del bloque de constitucionalidad y las normas pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables, y teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina especializada.

La regla jurisprudencial anterior:

La Corte ya tuvo oportunidad anteriormente de analizar la consulta prelegislativa y formular algunas reglas jurisprudenciales pertinentes. Primeramente se destaca la sentencia 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010, por medio de la cual la CCE reconoció a la consulta prelegislativa, contemplada en el Art. 57.17 de la CRE, como *“un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador”*¹ (énfasis

añadido). De esta manera, se concibió a la consulta prelegislativa como un auténtico derecho constitucional colectivo, y no como un elemento meramente formal. Asimismo, la Corte estableció tres requisitos fundamentales que la Asamblea Nacional, como órgano responsable de ejecutar la consulta, debía cumplir:

1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.

3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.²

Además, en dicha sentencia la Corte determinó que la consulta prelegislativa debía desarrollarse en cuatro fases: (1) de preparación, (2) de convocatoria pública, (3) de registro, información y ejecución, y (4) de análisis de resultados y cierre

¹ CCE, Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010, 31.

² *Ibid.*, 39.

del proceso³. Sin embargo, en lo que corresponde a la materia principal de este artículo, en ese fallo la CCE resolvió que la consulta prelegislativa era exclusiva para actos concernientes al órgano legislativo; en consecuencia, reconoció a la Asamblea Nacional como el único órgano con potestad normativa para fungir como sujeto consultante conforme al antes aludido Art. 57.17 de la CRE.

En contraste, en la sentencia 023-17-SIN-CC de 26 de julio de 2017, la Corte empezó a modificar el criterio precedente e identificó que la norma contenida en el Convenio No. 169 de la OIT⁴ era más amplia, al incluir a los actos legislativos y administrativos como objeto de consulta prelegislativa. De ahí que, en aplicación de la norma más favorable para la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, se extendió la responsabilidad de llevar a cabo el proceso de consulta prelegislativa a instituciones y autoridades que, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, emitan actos administrativos que pudieran

afectar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas⁵.

Por otra parte, mediante el dictamen 12-18-TI/19 de 9 de abril de 2019, la Corte también reconoció que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) se ajusta a lo establecido en el Art. 417 de la CRE, al ser un instrumento internacional de derechos humanos⁶; además, señaló que “...las normas contenidas en la Declaración, se constituyen en normas mínimas para la supervivencia, dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas”⁷. Posterior a este criterio, el Ecuador ratificó dicho instrumento internacional, el cual establece que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”⁸; perspectiva que la Corte comparte en su más reciente

³ *Ibid.*, 40-43.

⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989*, Registro Oficial 206, 7 de junio de 1999: Art. 6.1.a.

⁵ CCE, *Sentencia 023-17-SIN-CC*, 26 de julio de 2017, 27-28

⁶ CCE, *Dictamen 28-19-TI/19*, 9 de abril de 2019, párr. 93

⁷ *Ibid.*, párr. 94.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas 2007*, Registro Oficial 18, 15 de agosto de 2019: Art. 19.

decisión sobre el derecho colectivo a la consulta prelegislativa.

La nueva regla jurisprudencial:

En su sentencia 20-12-IN/20 de 1 de julio de 2020, la CCE emitió una serie de criterios fundamentales con relación a los derechos constitucionales de las comunidades indígenas a la consulta prelegislativa, a mantener la posesión de sus tierras ancestrales, a limitar las actividades militares en sus territorios, y a la identidad cultural, tradiciones ancestrales, mantener y desarrollar conocimientos colectivos y conservar sus prácticas en el manejo del entorno natural, a la vivienda y la alimentación. Siendo todos estos aspectos de suma relevancia y repercusión general, el presente análisis se centrará en una de las reglas jurisprudenciales más significativas que la Corte pronunció en la antedicha sentencia: la ampliación del alcance de la consulta prelegislativa prevista en el Art. 57.17 de la CRE, para incluir no sólo a las normas legales aprobadas por la Asamblea Nacional, sino también a medidas normativas y administrativas expedidas por parte de cualquier órgano público con potestad para ello.

Al respecto, cabe en primer lugar señalar que la Corte remarcó las características esenciales de

contenido y procedimiento del derecho a la consulta prelegislativa, para lo cual distinguió las regulaciones previstas en los Arts. 57.7 y 57.17 de la Constitución, de la siguiente manera:

El artículo 57.7 de la Constitución contempla una forma de consulta que debe realizarse previo a la toma de decisiones relacionadas con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables; mientras que el artículo 57.17 de la Constitución contempla el derecho a la consulta en asuntos no relacionados con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, garantizando así la participación en cualquier decisión que pueda afectar derechos colectivos⁹.

Hecha esta puntualización, es menester enfocarse en la mentada regla establecida por la Corte sobre el alcance de la consulta regulada en el Art. 57.17 de la CRE. El fundamento de esta formulación jurisprudencial se encuentra en el siguiente pasaje de la sentencia en referencia:

En consecuencia, como se desprende de los instrumentos internacionales citados, los cuales forman parte del **bloque de constitucionalidad** y por ende son normas constitucionales, así como del propio texto constitucional, el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda **afectar cualquiera de sus derechos, no se limita a la adopción de medidas expedidas por el órgano legislativo sino, de manera general, a medidas normativas y administrativas**. No existe en el texto constitucional limitación alguna para considerar que este derecho no resulte aplicable a la expedición de otros actos normativos expedidos por parte de cualquier órgano con potestad normativa o administrativa. Por el

⁹ CCE, Sentencia 20-12-IN/20, 1 de julio de 2020, párr. 81.

contrario, en aplicación directa del Convenio No. 169 de la OIT, procede la consulta prelegislativa previo a la emisión de toda medida legislativa o administrativa que tenga la potencialidad de afectar derechos colectivos, los cuales se encuentran taxativamente enumerados en la Constitución ecuatoriana y en los instrumentos internacionales aplicables¹⁰ (énfasis añadidos).

Como se indicó anteriormente, para el efecto la CCE se apartó del precedente fijado en la sentencia 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010, argumentado que el criterio emitido en dicho fallo, “*contiene una restricción ilegítima de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*”¹¹, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque no contempla la interpretación del artículo 57 numeral 17 de la Constitución que resulta más favorable para la plena vigencia de derechos; y, en segundo lugar, porque resulta contrario a lo prescrito por pactos, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos¹².

Al respecto, cabe señalar que en el voto salvado de la jueza Carmen Corral se manifestó una discrepancia específica con esta conclusión, sobre la base de la siguiente reflexión:

[L]a exigencia de la consulta pre-legislativa es para la expedición de las leyes, puesto que de lo contrario significaría una duplicación de trámites, ya que podría darse el caso de para la expedición de una ley que contempla derechos colectivos se

efectuó la consulta pre-legislativa, por ejemplo la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, en la que se cumplió con la exigencia constitucional; sin embargo, al considerarse a la normativa secundaria sobre la materia como una ‘medida legislativa’ también se requeriría dicha consulta, cuando este trámite ya se cumplió para la expedición de la ley¹³.

Del razonamiento del voto de mayoría se desprenden algunos elementos esenciales a ser considerados. Por un parte, la Corte enfatiza el concepto de bloque de constitucionalidad, para justificar la jerarquía constitucional y la aplicabilidad directa de las normas internacionales sobre la materia. En tal virtud, el amplio alcance de la noción de “*consulta prelegislativa*” se encuentra sustentado en una serie de instrumentos internacionales que, en razón de integrar el bloque de constitucionalidad, acreditan la regla jurisprudencial en referencia.

Relevancia del bloque de constitucionalidad:

La expresión bloque de constitucionalidad surgió en Francia, a raíz de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, que incorporó a la Constitución Nacional de 1958: la Declaración de Derechos del Hombre de 1879, el

¹⁰ CCE, Sentencia 20-12-IN/20, 1 de julio de 2020, párr. 92.

¹¹ *Ibid.*, párr. 87.

¹² *Ibidem.*

¹³ CCE, Voto Salvado de la Jueza Carmen Corral Ponce, Caso No. 20-12-IN, 3 de julio de 2020.

preámbulo de la Carta de 1946 y determinadas leyes de la República. El bloque de constitucionalidad llega al continente americano en la década de los noventa, siendo Colombia un importante precursor a través de su jurisprudencia¹⁴.

En el Ecuador, se destaca en primer lugar la Resolución 001-2004-DI, del entonces Tribunal Constitucional, que en lo principal determinó lo siguiente:

En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía¹⁵.

Como señaló en su momento Riofrío Martínez-Villalba, esta decisión marcó un hito en la historia de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional ecuatoriana¹⁶. La

Constitución de 2008 ratificó la vigencia y aplicabilidad del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el Art. 11.7¹⁷. La CCE ha reconocido y desarrollado el concepto de bloque de constitucionalidad en reiterados fallos¹⁸, y lo ha definido de manera expresa, en forma similar a lo determinado con antelación por la doctrina¹⁹, del siguiente modo:

Al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana²⁰.

Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad es un concepto plenamente acogido en el sistema jurídico ecuatoriano y su aplicación es permanente y reiterada. En lo que atañe a la sentencia en análisis, se puede observar que la Corte alude directamente a varios instrumentos

¹⁴ Es necesario precisar que el bloque de constitucionalidad en Europa y América Latina tiene connotaciones variadas. Así, en Europa se refiere primordialmente a normas de origen nacional, usadas como parámetros en el control de constitucionalidad; por el contrario, en América Latina alude esencialmente a normas de instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, *Resolución 001-2004-DI*, Sentencia del pleno del Tribunal con dos votos salvados, Registro Oficial 374, 9 de julio de 2004.

¹⁶ Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional". *Foro. Revista de Derecho*, No. 6, Quito: UASB-Ecuador (2006): 229.

¹⁷ CRE, Art. 11.7: "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

¹⁸ CCE. *Sentencias 11-18-CN/19, 001-10-SIN-CC, 004-14-SCN-CC, 374-17-SEP-CC, 001-18-SCN-CC, 001-09-SIS-CC, 026-12-SIS-CC, 007-09-SEP-CC*.

¹⁹ Julio César Trujillo, "El Ecuador como Estado Plurinacional", en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito: Editorial Abya Yala (2009): 67: "En la doctrina se entiende por "bloque de constitucionalidad" el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)".

²⁰ CCE, *Sentencia 004-14-SCN-CC*, 6 de agosto de 2014: 25.

internacionales de derechos humanos, que de conformidad con los Arts. 11.3, 417 y 426 de la Constitución, son directa e inmediatamente aplicables, incluso de oficio y especialmente si contienen normas más favorables a las establecidas en la Constitución. En este sentido, la CCE ya ha señalado anteriormente y de manera específica lo siguiente:

La Constitución, complementando la noción de jerarquía formal reconocida en el artículo 425, también reconoce la jerarquía axiológica en el artículo 426 [...] Por la jerarquía axiológica, si una norma de diferente jerarquía establece derechos más favorables, entonces pasa a tener rango constitucional y prevalece sobre otras normas o interpretaciones. En la jerarquía normativa se aprecia simplemente el lugar de la norma en la prelación constitucional. La Constitución está sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio, en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto²¹.

Normas internacionales, doctrina y jurisprudencia comparada:

En la sentencia 20-12-IN/20 en comento, la Corte hizo referencia expresa al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales,

debidamente ratificado por el Ecuador (Registro Oficial No. 206 de 7 de junio de 1999). Dicho convenio determina en su Art. 6.1.a), que al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberán: *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean **medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**”*²² (énfasis añadido). La CCE también aludió explícitamente a la ya citada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²³.

La doctrina especializada ha resaltado la importancia de ambos instrumentos internacionales. Así por ejemplo, respecto del Convenio 169 de la OIT, Figuera Vargas y Ortiz Torres sostienen que su aprobación *“representó un viraje significativo en la concepción global que los Estados tenían acerca de las etnias indígenas”*²⁴, agregando además que:

Entre los aportes significativos del Convenio No. 169 de la OIT se encuentra el mecanismo de la consulta previa, que se impulsa con la pretensión de acercar a los gobiernos, las

²¹ CCE, *Sentencia 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019: párr. 130-131.

²² Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente*, 1989, Registro Oficial 206, 7 de junio de 1999.

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas 2007*, Registro Oficial 18, 15 de agosto de 2019.

²⁴ Sorily Carolina Figuera Vargas y Melyn Heleana Torres Ortiz, “El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Caso de estudio: Ecuador y Colombia”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 19(36) (2019): 60, <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v19n36/1657-8953-ccso-19-36-59.pdf>.

organizaciones indígenas y las organizaciones no gubernamentales. La consulta nace como un mecanismo-derecho de las comunidades étnicas y una obligación en cabeza del Estado que debe ejercerse frente a las leyes, los actos administrativos o aquellos proyectos de desarrollo que de alguna manera pueden llegar afectar a los pueblos indígenas y tribales²⁵.

En la misma línea de pensamiento, Bonilla-Maldonado remarca cómo en esta materia se han entrelazado las dimensiones jurídicas nacional e internacional para proteger los derechos de las minorías culturales, enfatizando que el citado Convenio 169 amplía los sujetos titulares de la consulta previa y su objeto, especificando que dicho mecanismo:

[D]ebe ponerse en acción no solo cuando se pretenda explorar o explotar recursos naturales que se encuentran en territorios de propiedad de las comunidades indígenas sino también cuando se pretenda aprobar un proyecto de ley o acto administrativo que pueda afectar directamente a las comunidades indígenas o a los pueblos tribales²⁶.

En este sentido, se debe también recalcar el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la determinación del sentido y alcance de la consulta previa. Al

respecto, resulta de particular interés la sentencia del año 2012 emitida en el caso *Sarayacu vs. Ecuador*, en donde la referida Corte determinó categóricamente que:

[U]na de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos... es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio No. 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios²⁷.

Ahondando en esta línea de razonamiento, el citado organismo jurisdiccional interamericano estableció el siguiente parámetro jurisprudencial:

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1)²⁸.

Sobre este punto, como afirman Figuera Vargas y Ortiz Torres, "*El caso Sarayaku dejó ver cómo, mediante su jurisprudencia, la*

²⁵ Figuera Vargas y Torres Ortiz, *Ibíd.*, p. 61. Ver también: Rodríguez Van der Hammen, A. *El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes (2013).

²⁶ Daniel Bonilla-Maldonado, "Derecho internacional, diversidad cultural y Resistencia social: El caso de la ley general forestal en Colombia", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 27 (2015): 75, <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n27/n27a03.pdf>.

²⁷ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 245: párr. 160.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 166.

*Corte Interamericana desmitificó el significado de la consulta previa y amplió de forma explícita los derechos acerca de las medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas*²⁹. Por lo tanto, la regla jurisprudencial sentada por la CCE en su reciente sentencia 20-12-IN/20 también se enmarca en el ámbito de las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, emanadas del Pacto de San José, instrumento internacional que igualmente integra el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el bloque de constitucionalidad³⁰.

En el Derecho comparado, se destaca el sistema jurídico colombiano, que al igual que el ecuatoriano ha incorporado el Convenio No. 169 de la OIT en subbloque de constitucionalidad. Concretamente, como explica Salinas Alvarado:

Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)... es la necesidad de realizar consulta previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la

obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural. Este derecho tiene carácter de fundamental dado que el mencionado convenio hace parte del bloque de constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos³¹.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte colombiana ha desarrollado profusamente el derecho a la consulta previa con sujeción a los estándares sentados por los respectivos instrumentos internacionales sobre la materia. Es así que en un muy completo estudio realizado en el año 2018 sobre la línea jurisprudencial de aquel órgano de justicia constitucional en el periodo 1997-2015³², se contabilizó casi una veintena de fallos relevantes³³. Fruto de ese análisis, los autores identificaron una serie de sub-reglas de Derecho de índole jurisprudencial fijadas por la Corte colombiana, entre las que se destacan, para efectos del presente artículo, que *“la consulta previa aplica a todo tipo de medida legislativa o administrativa que pueda afectar derechos de las comunidades étnicas”*³⁴, y que dicho mecanismo *“es un derecho fundamental de las*

²⁹ Figuera Vargas y Ortiz Torres, *óp. cit.*, 63.

³⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

³¹ Carlos Eduardo Salinas Alvarado, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”, *Revista Derecho Estado*, No. 27 (2011): 237.

³² Germán Cifuentes Sandoval, et al. “La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: Análisis de línea entre 1997-2015”. *Justicia*, No. 33 (2018): <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n33/0124-7441-just-33-00011.pdf>.

³³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencias No. SU-039-97, C-169-01, C-418-02, SU383-03, C-030-08, C-461-08, C-750-08, C-175-09, C-030-08, C-891-02, C-208-07, C-615-09, C-702-10, C-027-11, C-196-12, C-332-14, C-163-15*.

³⁴ Cifuentes Sandoval, et al., *óp. cit.*, 33.

*comunidades étnicas que pertenece al bloque de constitucionalidad*³⁵.

En consecuencia, se puede apreciar que la aplicabilidad de la consulta previa tanto a medidas normativas como administrativas se encuentra recogida por la doctrina especializada, y sobre todo refrendada por la jurisprudencia internacional. En este sentido, el desarrollo pretoriano

de la Corte Constitucional colombiana resulta altamente significativo, ya que en lo que este punto concierne se observa una identidad de criterios con la Corte ecuatoriana, especialmente en lo atinente a la consideración integral del bloque de constitucionalidad y la consiguiente aplicabilidad directa del Convenio 169 de la OIT y su connotación jerárquica constitucional.

Conclusión:

La sentencia 023-17-SIN-CC de 1 de julio de 2020 constituye un hito en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. En dicho fallo, la CCE ha emitido muy importantes criterios respecto de una serie de aspectos interrelacionados concernientes a los derechos colectivos de las comunidades indígenas, los derechos de la naturaleza y la protección de la biodiversidad, y la seguridad nacional; y todo ello enmarcado en el ámbito de aplicabilidad del derecho a la consulta prelegislativa y su fundamento normativo en el bloque de constitucionalidad.

Entre las muy significativas determinaciones de la Corte, resalta la nueva regla jurisprudencial que establece la aplicabilidad de la consulta prelegislativa regulada en

el Art. 57.17 de la Constitución, no solamente a las leyes emitidas por la Asamblea Nacional, sino también a todo tipo de medida normativa o administrativa emitida por un órgano público con competencia para ello. De acuerdo a lo sostenido por la CCE en su voto de mayoría, este criterio de aplicabilidad resulta el más favorable para la plena vigencia de los derechos humanos. Por lo tanto, la obligación de convocar a la consulta prelegislativa recae sobre todas las autoridades que pretendan adoptar medidas que pudieran afectar los derechos colectivos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales pertinentes, a favor de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.

³⁵ *Ibidem.*

ENSAYO JURÍDICO

El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares en la Corte Constitucional ecuatoriana

Por: Sebastián López Hidalgo¹

1. Introducción.

En un modelo robusto de revisión judicial como el ecuatoriano², la tarea del órgano de control resulta relevante en la concreción de los derechos fundamentales y las instituciones previstas en la Constitución. En ese contexto, el presente trabajo, luego de exponer a breves rasgos lo que supone el ejercicio del control de constitucionalidad en una Constitución que se estima normativa a luz del paradigma Constitucional; discute sobre el papel que debe guiar el ejercicio del control de constitucionalidad en temas de consultas populares, capaz de rearticular la relación existente entre de democracia directa, soberanía popular, participación ciudadana y

órganos de justicia constitucional. La idea, luego de una revisión atenta de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso de las consultas populares, es evidenciar cuáles son los estándares jurisprudenciales o líneas jurisprudenciales que ha trazado la Corte y que deben guiar dichos procesos, así como, conocer cuáles son los límites y alcances del control en esta materia. Finalmente, lo que se intenta es reposicionar al órgano de control como un actor trascendental dentro del debate democrático y la deliberación pública, fortaleciendo de esta manera a una democracia directa más informada.

¹ Doctor, Ph.D. en Derecho-Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; Doctor Ph.D. en Derecho-Universidad de Sevilla-España; Docente investigador de la Universidad del Azuay y profesor titular de la cátedra de Derecho Constitucional; Profesor contratado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Correo electrónico: sebaslopezhidalgo@yahoo.com

² Se entenderá como modelo robusto de revisión judicial o de supremacía judicial un sistema que, con una Constitución rígida como la ecuatoriana, faculta a unos jueces constitucionales vetar con el carácter de definitivo normas aprobadas por una asamblea parlamentaria, sin posibilidad de reenvío o diálogo orgánico institucionalizado.

En relación a la *última palabra*, en el dictamen 11-19-CP/19 de consulta popular, la Corte Constitucional literalmente indicó: "...Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional es la existencia del control judicial de constitucionalidad de los actos del poder público. Como lo expresa el artículo 1 de nuestra Constitución, Ecuador es un Estado Constitucional y, por eso, en la misma Constitución se instituye la Corte Constitucional. Nuestro diseño constitucional le otorga a esta la *última palabra* en las materias de su competencia, entre ellas, en la tutela de los derechos fundamentales...una Corte Constitucional con la "última palabra", entendida esta no como infalibilidad sino como inalterabilidad frente a las autoridades democráticas constituidas".

2. El control de constitucionalidad en una Constitución normativa.

Si el sistema norteamericano de revisión judicial se encontraba diseñado en favor de una supremacía judicial, el modelo europeo de soberanía parlamentaria supuso, en su momento, un acto de desconfianza frente a los jueces devotos del antiguo régimen y de afirmación de la supremacía del parlamento³, dando lugar a dos modelos diversos de control de constitucionalidad.

No obstante de que cada modelo de control de constitucionalidad encuentra una fundamentación propia, debido a la constante influencia que ha existido entre uno y otro sistema, resulta cada vez más complicado, más allá de lo teórico, hablar de modelos “puros” de revisión judicial⁴. La obsolescencia de la clásica polaridad “*sistema americano*” versus “*sistema europeo*” es patente⁵.

Si se quiere, desde una perspectiva histórica, los dos sistemas de revisión judicial se presentan, no como soluciones antagónicas, sino, *teleológicamente convergentes* a fin de garantizar la supremacía constitucional⁶. Ciertamente, como García de Enterría lo expone: “el sistema estructural de jurisdicción concentrada, implica alguna consecuencia procesal importante, pero ya no ligada a las concepciones kelsenianas de base”⁷

Así, el modelo concentrado está permanentemente influenciado por la lógica que impregna el *judicial review*, y es muy probable que esto responda, a la fuerte rematerialización de los textos constitucionales contemporáneos en materia de derechos, en los cuales, el juicio de constitucionalidad ha dejado de ser una simple actividad lógica de comparación abstracta entre la legislación ordinaria y la norma constitucional⁸.

³ Luis Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en Miguel Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución* (CDMX: Porrúa, 2005), 317.

⁴ Véase Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada* (Madrid: Dykinson, 2004); Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (Bologna: CLUEB, 2010); Francisco Rubio Llorente, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), 159-60 indica que resulta cada vez más difícil e infructuoso hablar de modelos puros, dada la constante aproximación entre ambos, por lo que se trata más bien de modelos teóricos y no de una verdadera categoría de sistemas reales, al punto de que casi todos los sistemas en Europa incorporan estructuras procedentes tanto del uno como del otro.

⁵ Fernández Segado, *La justicia constitucional*, 35 y s.

⁶ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEC, 1993), 53.

⁷ Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, No. 1 (1981), 46.

⁸ De ahí la expresión de Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4 (enero-abril de 1982): 40, en relación con la repugnancia de Kelsen al admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución.

La apuesta del constituyente europeo con los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Posguerra “a favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad [...] propiciará una hibridación del modelo kelseniano”⁹ que, en lo sustancial, continuará mostrando su estructura centralizada y el monopolio del rechazo de la ley.

El “litigio jurídico-constitucional ya no es exclusivamente el –conflicto constitucional– en sentido estricto [...] que determinó la aparición de la justicia constitucional como jurisdicción constitucional de conflictos. Actualmente, a pesar de que se sigue pensando en el fundamento objetivo de los instrumentos de defensa constitucional, la realidad ha superado ese planteamiento clásico”¹⁰, esto en gran medida se debe, por un lado, a una superación o ampliación del contenido material de la norma fundamental a partir de la incorporación extensa de normas abstractas al catálogo de derechos; y,

por otro, a la superación del concepto mismo de Constitución como una simple norma procedimental de organización política. En efecto, la consecuencia de un esquema *principalista* de derechos en los textos constitucionales contemporáneos y de un sometimiento de todos los jueces a la Constitución, no puede ser otra que la aproximación e influencia recíproca de los modelos de justicia constitucional o revisión judicial.

De ello se deduce que el Estado constitucional consistiría hoy en día en una forma mixta de democracia en la que la democracia de la ley estaría templada (corregida) por una fuerte intervención judicial¹¹, en la cual, una concepción objetivista de la interpretación y la convicción de que los textos constitucionales no representan sino una agenda procedimental, resulta insostenible¹². Y es que en el Estado constitucional democrático se ha amplificado la función del juez encargado de hacer efectivas de forma directa las normas de rango constitucional, como una consecuencia lógica de la mayor extensión propia de la Constituciones modernas.

⁹ Fernández Segado, *La justicia constitucional*, 63.

¹⁰ Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial* (Madrid: CEC, 1985), 9.

¹¹ Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 2da. ed (Madrid: CEPC, 2009), 255.

¹² Una referencia interesante respecto a la crítica contra los dogmas de coherencia del derecho y de la neutralidad de los jueces puede verse en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999).

Así, la tendencia a hacer efectivos los mandatos constitucionales en los casos concretos se confunde con el interés público de garantizar la regularidad del ordenamiento jurídico, superando un marco objetivo de control para transformarse en una exigencia diaria que impregna las relaciones subjetivas.

Dicha hibridación¹³ no solamente se evidencia en una aproximación entre el modelo difuso y concentrado, sino que, además, las fronteras entre Cortes constitucionales o tribunales constitucionales en cuanto “legisladores negativos” para con el poder legislativo y, en cuanto jurisdicción, con el propio poder Judicial, del cual muchas veces no son parte desde una perspectiva orgánica, son aún más difusas¹⁴. Ello hace que no pueda hablarse ya de un simple “legislador negativo”, como *idea-fuerza* de la concepción kelseniana que ha impregnado durante mucho tiempo a los tribunales constitucionales, sino, además, de un nuevo agente “productor del derecho”, encargado de hacer efectivo el programa constitucional trazado por el constituyente.

Precisamente, si se admite la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa, la relación juez-Constitución adquiere un nuevo matiz en el Estado constitucional. Al incorporar el examen de constitucionalidad de la ley al ámbito propio de la jurisdicción, se consolida la posición institucional del órgano jurisdiccional como un órgano que ejerce poder¹⁵, al cual le compete la responsabilidad de actualizar el compromiso constitucional a costa de neutralizar las decisiones de otros poderes que violen el pacto fundamental del Estado¹⁶.

Consecuentemente, tal como ha sucedido en el caso ecuatoriano la recepción de un concepto de Constitución distinto al del siglo XIX, implica necesariamente una transformación del ordenamiento jurídico. De un juez acrítico de los contenidos legales, devoto del principio de soberanía parlamentaria, al cual le estaba vedado cuestionar las normas que aplicaba, a la asunción de un juez encargado de recrear el derecho en el momento de su aplicación a los casos concretos en el marco de las posibilidades permitidas

¹³ Lucio Pegoraro con notable precisión indica que “Las diferencias estructurales de cada ordenamiento –imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo- han aconsejado, después de una fase de recepciones acrílicas, adaptar los modelos originarios a las exigencias específicas de funcionamiento”. Véase Pegoraro, *La justicia*, 169.

¹⁴ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEC, 1993), 97.

¹⁵ Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1979), 304.

¹⁶ Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 5 (2001), 247.

por la Constitución, existe un cambio importante en favor de una opción que puede estimarse judicialista.

A mayor vitalidad social, tanto mayor puede ser el ámbito de intervención judicial. Y esto justamente es lo que ha sucedido con la amplificación de las atribuciones de las cortes o tribunales contemporáneas, patente en su actividad de control como por ejemplo, en el caso de iniciativas de consultas populares, dando paso a la idea del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución¹⁷.

3. El control de constitucionalidad de consultas populares.

3.1. La consulta popular como un mecanismo de democracia directa y complemento de la democracia representativa.

Con la afirmación del principio democrático y su máxima expresión de soberanía popular se harían evidentes algunos problemas prácticos para el Estado democrático¹⁸. En primer

lugar, en lo que tiene que ver con la expansión natural del número de participantes dentro del proceso democrático en la toma de decisiones; y, en segundo lugar, con una sociedad que dejaba de ser una entidad homogénea y empezaba a expresar su diversidad¹⁹.

En ese contexto, la consolidación del cuerpo electoral como poder constituyente y “punto de intersección de la Sociedad y el Estado” dentro del Estado democrático adquiere un matiz trascendental a través del ejercicio de los denominados derechos políticos o derechos de participación²⁰ así como de lagunas instituciones que ponen en marcha el ejercicio de la voluntad popular.

A pesar de natural coincidencia entre una ideal general de democracia, por un lado; y, democracia directa, por otro, -debido a las mismas complejidades advertidas-, no obstante, una democracia directa completa, perfecta o absoluta es imposible²¹. De hecho, como advierte

¹⁷ Véase, al respecto, Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, No. 19 (enero-abril de 1987).

¹⁸ Un análisis importante sobre el concepto de representación política y su adaptación a las constantes transformaciones de la democracia representativa puede verse en: Marcos Criado de Diego, “Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa”, *Revista Derecho del Estado*, nro. 28, 2012.

¹⁹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Duodécima ed. (Madrid: Marcial Pons, 2010), 496.

²⁰ Autores como Ismael Quintana han indicado que: “...si bien todo derecho político forma parte del derecho de participación, no se puede cometer el error de asegurar que el derecho de participación se reduce, estrictamente, al ejercicio de los derechos políticos”, Véase Ismael Quintana, “Limitaciones inconstitucionales a la consulta popular como derecho político”, *Revista ecuatoriana de derecho constitucional*, año 1, No. 1, (Enero 2017).

²¹ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ta ed. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 32. Se refiere como democracia directa, un sistema en el que el pueblo, sin necesidad de sus representantes, se reúne periódicamente para decidir los asuntos trascendentales para el

Pérez Royo “es dudoso que la democracia directa haya existido de forma cuantitativamente importante y de manera cualitativamente indiscutible en algún momento de la historia de la humanidad”²².

Sin embargo, y a pesar de que la evolución posterior en el constitucionalismo clásico se decantaría a favor del régimen representativo debido a las debilidades e imposibilidades de las democracias directas perfectas²³, así como a las numerosas críticas a las que ha estado sometido el modelo de gobierno representativo debido a la creciente desafección política que sufren los ciudadanos para con el poder público, del distanciamiento entre los representantes y los representados; o, de limitar la participación ciudadana únicamente al voto; han emergido nuevos matices de democracia directa como un complemento a las democracias representativas, con el fin de satisfacer una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos²⁴. Y es que, como lo ha

anotado Alcántara, los fundadores del gobierno representativo introdujeron una característica no igualitaria en este sistema: que los representantes fueran socialmente superiores a quienes les eligieran²⁵, en una especie de elite representativa o aristocracia virtuosa superior.

Así, “se creía firmemente que los representantes electos debían sobresalir respecto de la mayoría de sus electores en cuanto a sus talentos y virtudes. En este sentido, el gobierno representativo fue instituido con plena conciencia de que los representantes electos serían y debían ser ciudadanos distinguidos, socialmente diferentes de quienes les eligieran. Esto es lo que Manin (1998) denominó el principio de distinción”²⁶.

Como se ve, por una parte, una concepción elitista de la democracia que consideraba que las masas son intrínsecamente incompetentes para resolver los problemas trascendentales de la sociedad en donde se requería su desplazamiento a efectos de que la pasión popular no

Estado.

²² Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 500.

²³ Cabe recordar como lo refiere el profesor Hernán Salgado que: “...El fundamento de la representación política fue tomado del Derecho Privado, de la figura del mandato civil, que al ser trasladado al Derecho Público y transformarse en mandato político pecó de imprecisión al no tener un contenido concreto como base del mandato, lo que a su vez impedía establecer claramente la responsabilidad política derivada del incumplimiento de dicho mandato...”, Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 33.

²⁴ Patricia Marenghi y Manuel Alcántara Sáez, “Los mecanismos de democracia directa: argumentos a favor y en contra desde la teoría de la democracia”, *Revista de Derecho Electoral-Tribunal Supremo de elecciones-San José Costa Rica*, Nro. 4 (2017).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

prime sobre un criterio de razón. Por otra parte, una posición que se opone a una idea elitista que defiende, más bien, una idea deliberativa de la democracia, impugnando el criterio según el cual algunas personas o grupo de personas se encuentran ubicadas en una cúspide intelectual, capacitadas superiormente para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás. Es decir, aquellos que no consideran que exista una clase superior, única y depositaria de la verdad; al contrario, confían en el autogobierno popular y afirman que la ciudadanía debe y puede comprometerse, informarse, actuar de manera responsable mediante la participación²⁷ y el debate abierto entre todos los potencialmente afectados, apostando por una utilización de mecanismos de participación directa como la *consulta popular*, entre otras.

Es decir, confiar en la voluntad popular informada que resiste a un elitismo repetitivo, capaz de llegar a un compromiso popular real mediante decisiones sensatas, libres de coacción con el fin de que los mecanismos de democracia directa como la consulta popular, cumplan su función determinada. Ciertamente, la consulta popular no puede ser considerada como el único o más fiable mecanismo

de una participación general directa e informada, no obstante, constituye un diseño institucional importante que, debidamente articulado y entendido, cumple con una función esencial a fin de canalizar la expresión de la voluntad general.

Bajo esas coordenadas, para el caso ecuatoriano con la Constitución del 2008 el constituyente se habría inclinado expresamente por una forma de democracia mixta (representativa, directa y comunitaria), en donde, si bien se reconoce el principio de soberanía popular, —la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad—, la misma se la ejerce a través de los órganos del poder público y demás formas de participación democracia directa previstas en el texto fundamental. (art. 1 de la Constitución de la República, —en adelante CR—).

De ahí que, frente al reconocido derecho de participación como un derecho fundamental de las ecuatorianas y ecuatorianos (art. 61 numeral, 2 CR); el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley respecto de la definición de las políticas públicas que les conciernan (art. 56, numeral 16 CR); o, el derecho de la ciudadanas

²⁷ *Ibid.*

y ciudadanos a participar en forma individual o colectiva de manera protagónica en la toma de decisiones que conciernen a los asuntos públicos (art. 95 CR); se reconocen en la misma Constitución, como mecanismos de democracia directa, insertos en un sistema representativo: 1) la consulta popular; 2) la iniciativa popular normativa; y, 3) la revocatoria del mandato. (arts. 103; 104 y 105 de la CR)²⁸.

De esta manera, lo que se intenta es permitir la participación del cuerpo electoral en la toma de las decisiones, así como, acortar la brecha que separa a los gobernantes de los gobernados en una especie de democracia semidirecta²⁹, tal como algunos autores lo han considerado. De hecho, es ahí donde se inscribe la denominada *consulta popular* como un mecanismo extraordinario de ejercicio de la democracia directa y complemento de la democracia representativa.

Dicho en palabras de la Corte, "... una garantía más..."³⁰ que involucra

"... una participación activa de la población en los asuntos políticos de interés común, lo que a su vez implica la existencia de normas jurídicas que posibiliten tal participación y de un alto nivel de conciencia política en la ciudadanía..."³¹ más allá del proceso electivo regular de las autoridades.

En efecto, aun cuando la consulta popular como institución ha sido descrita como un cauce extraordinario de protección o garantía, por oposición al cauce normal de la representación política, conviene mencionar que en el Ecuador desde la denominada vuelta a la democracia se ha realizado varias consultas populares que tenían como constante, la búsqueda de legitimidad política y consolidación del poder para el gobierno en turno³². No obstante, otro actor es fundamental en esa relación de manifestación de poder público y ejercicio de derechos, que se cierne en torno a las consultas populares: el órgano de control como guardián de la Constitución y outsider del proceso democrático, encargado de guiar los causes de la deliberación como lo expresaría John Ely³³, que

²⁸ A diferencia de la Constitución vigente, la Constitución de 1998 preveía dos instituciones de democracia directa: la consulta popular y la revocatoria del mandato con alguna regulación diferente a la actual.

²⁹ Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 2da ed. (Quito: Corporación editora nacional, 2006), 344. También puede verse Rafael Oyarte, citando a Hernán Salgado respecto de la democracia semidirecta. Véase Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 3era ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 394.

³⁰ Véase voto salvado Dr. Ramiro Ávila en el dictamen 1-20-CP/20.

³¹ Véase el dictamen 001-13-DCP-CC.

³² Patricio Trujillo Montalvo, "Consultas y referéndums populares ¿Búsqueda de legitimidad política en Ecuador?", en *Apuntes Electorales*, núm. 60 (2019), 96.

³³ Ely, John. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)* (Bogotá: Universidad de los Andes-

viene a fortalecer estos mecanismos extraordinarios de conformación de la voluntad general, en un sistema que ha apostado por los jueces como garantes del pacto fundamental³⁴ capaz de articular la relación existente entre soberanía popular, participación ciudadana y órganos de justicia.

3.2. Consulta popular y control de constitucionalidad en la Corte Constitucional ecuatoriana: oportunidad y alcance del control; deliberación en el ámbito del control y límites del control

3.2.1. Oportunidad y alcance del control

En relación al momento u oportunidad del control, la Corte Constitucional luego de reconocer que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe un control posterior, previo y automático³⁵ de constitucionalidad, en el dictamen de consulta popular 001-DCP-CC-2011, así como en una serie de dictámenes constitucionales posteriores ha indicado en lo relativo al control previo que, este tipo de control “... es un examen realizado antes de la

existencia jurídica de la norma...”, aclarando que se trata de un control excepcional, ya que en el control posterior “...lo que existe es un control del acto ya formado...”³⁶; es decir, una vez que el mismo hace parte del ordenamiento jurídico vigente.

En ese camino, a efectos de diferenciar la oportunidad del control de constitucionalidad en temas de consulta, el órgano de control luego de ratificar que se trata, además, de un control previo, de un control automático (art. 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —en adelante LOGJCC—), también ha indicado que, una de sus tareas en el marco del control consiste en diferenciar la solicitud de revisión constitucional de la convocatoria a consulta popular, respecto de la petición de control de un proyecto de enmienda (para los casos de referendo). Así, la Corte ha expuesto que no es técnicamente deseable mezclar en un mismo documento jurídico la solicitud de revisión constitucional de la convocatoria a consulta popular con una solicitud de control constitucional de un proyecto de enmienda, ratificando

Siglo del Hombre, 1997).

³⁴ Sobre el tema en el caso ecuatoriano puede consultarse, Sebastián López Hidalgo, “El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Revista Iuris*, Vol. 1. Num. 17 (2018).

³⁵ Clasificación que atiende al momento del control, puesto que, existen varias clasificaciones del control. Por ejemplo, en relación al órgano (concentrado-difuso); en relación al caso (concreto-abstracto), entre otros.

³⁶ Véase dictamen 001-DCP-CC-2011, p. 14.

la posibilidad de un control material, abstracto y posterior respecto de las disposiciones jurídicas que se generen como resultado del mismo.

Por otro lado, en materia de consulta popular, el órgano de control ha tratado de asegurar un control tanto en su dimensión formal como un control en su dimensión material, atento a que la disposición del art. 127 ya referido de la LOGJCC, impone que el control debe estar orientado a garantizar la libertad de la electora o el lector, sea en la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas sometidas a consulta (casos de referendo) o, de las medidas a adoptar (casos de plebiscito).

Dicho control formal en palabras de la Corte hace relación a los motivos, considerandos y cuestionario verificando que se cumplan con los requisitos orientados a garantizar la libertad del elector y, en particular las cargas de claridad y lealtad; en tanto que, el control material supone que el petitorio de consulta no incurra en prohibiciones o violaciones

constitucionales, ni reformen la Constitución en tanto existen procedimientos específicos para tal efecto³⁷.

También el órgano de control constitucional, desde un inicio parece diferenciar en su jurisprudencia sobre consulta popular, el control de los considerandos que introducen a la pregunta, así como, el control sobre el cuestionario, acorde a lo que determinan los arts. 104 y 105 de la LOGJCC³⁸, haciéndolo extensivo a los considerandos generales como a las frases introductorias³⁹.

De hecho, aprovechando la oportunidad para diferenciar lo que constituye una consulta popular tipo referendo y plebiscito⁴⁰, ha manifestado la Corte Constitucional que la inexistencia de considerandos sería una razón suficiente para dictaminar la inconstitucionalidad de la pregunta⁴¹, toda vez que los mismos tienden a formar un criterio razonablemente objetivo de la voluntad popular a través de elementos y evidencias que sustenten la necesidad de llevar a

³⁷ Véase dictamen 9-19-CP/19.

³⁸ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

³⁹ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 24. En la página 18 de este mismo dictamen, nota al pie número 6, la Corte ha indicado que los considerandos que introducen a las preguntas están compuestos por: los considerandos generales y las frases introductorias.

⁴⁰ En el dictamen 2-19-CP/19, la Corte ha indicado que: "...la diferencia entre un referendo y un plebiscito radica esencialmente en que en el primero se somete a consulta popular la aprobación de un texto normativo –o propuesta normativa– concreto, mientras que el segundo consulta una decisión sobre un tema de relevancia pública, sin someter a aprobación un texto normativo definido". Este pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en varios dictámenes, como por ejemplo, en el dictamen 9-19-CP/19, 1-20-CP/20, entre otros.

⁴¹ Véase dictamen 2-19-CP/19.

cabo la consulta⁴². No obstante, los denominados “exposiciones de motivos”, “antecedentes y justificación de motivos”, al no ser parte constitutiva del texto que acompañaría a la pregunta en una eventual consulta, no estarían sujetos al control de constitucionalidad⁴³.

Sobre el control de las frases introductorias, el énfasis inicial de la Corte fue que toda nota introductoria al cuestionario sometido a decisión del elector tiene como efecto negativo el de inducirlo y persuadirlo por la opción de aprobar el contenido de determinada pregunta, lo cual, comprometería las nociones de libertad y autonomía que debe existir en el proceso⁴⁴. Consecuentemente, el lenguaje utilizado, ha insistido la Corte, –diferenciado lo que supone *inducción y paráfrasis* tal como sucedió en el dictamen 5-20-CP/20–, debe ser sencillo, comprensible y neutro sin inducir a respuesta alguna.

En relación al tema que atañe a las reglas de claridad, lealtad, el

uso del lenguaje valorativamente neutro, sencillo, son cuestiones que inexcusablemente han sido abordadas por la Corte desde sus inicios⁴⁵. Con mayor o menor énfasis en los casos concretos, la Corte ha resaltado el hecho de que las consultas deben poseer estándares de claridad y lealtad con los que deben ser elaborados los contenidos de la convocatoria a consulta popular a fin de garantizar la neutralidad del proceso sin condicionamientos para el elector.

Efectivamente, en lo que tiene que ver con las reglas de claridad, como una exigencia de la garantía de libertad del elector⁴⁶, el pronunciamiento de la Corte se acentuó en relación al uso de un lenguaje universal y comprensible, “...que por sí mismo sea explícito y no requiera de mayores esfuerzos para su cabal entendimiento”⁴⁷. No cabe, en consecuencia, formulaciones ambiguas u “oscuras” tanto en lo semántico como en lo sintáctico⁴⁸, que se encuentren formuladas de manera genérica⁴⁹, polisémica⁵⁰, o que

⁴² Véase dictamen 1-20-CP/20, p. 9.

⁴³ Véase dictamen 12-19-CP/19; 13-19-CP; 1-20-CP/20.

⁴⁴ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 24.

⁴⁵ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

⁴⁶ Véase dictamen 9-19-CP/19, p. 13.

⁴⁷ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 19.

⁴⁸ Véase dictamen 5-19-CP/19, p. 5.

⁴⁹ Véase entre otros, dictamen 9-19-CP/19.

⁵⁰ Véase dictamen 2-19-CP/19, p. 7.

se refieran a más de una cuestión por cada pregunta⁵¹. Tampoco es posible que se utilice un lenguaje con carga emotiva⁵², valorativa, información superflua, “aseveraciones absolutas” que no suministren evidencia sustentada⁵³; o, expresiones genéricas como por ejemplo, “época de crisis”⁵⁴, peor aún, evocaciones a pasajes bíblicos, tal como ha sido evidenciado por la Corte en el dictamen 2-19-CP/19⁵⁵.

Aun así, algunas cuestiones sobre el tema de los considerandos que introducen a las preguntas han puesto de manifiesto al interior de la Corte que los mismos pueden suponer en ciertos casos, costes innecesarios o cargas excesivas que desnaturalizan el ejercicio de control, con lo cual, dichas exigencias sólo parecen admisibles en situaciones en donde se habla de limitaciones al ejercicio de derechos, pero, no, en aquellos casos en donde tiene que ver con su expansión⁵⁶.

Respecto de la lealtad el órgano de control ha indicado que “...no es más que lo sometido a consulta popular guarde conformidad con la Constitución”⁵⁷; es decir, evitar que por cualquier medio se engañe al elector a fin de que el resultado final no contenga distorsiones⁵⁸; y, en lo que tiene que ver con la comprensibilidad, que no deben mediar mayores esfuerzos para el mejor entendimiento de la consulta puesta a conocimiento popular⁵⁹.

De su parte, el tema de preguntas compuestas y la posibilidad de aceptar o negar temas individualmente y la consecuente prohibición de aprobación o rechazo en bloque también ha sido observada por la Corte al amparo de lo dispuesto en el 105 numeral 2 de la LOGJCC. En los dictámenes 1-20-CP-/20 y 5-20-CP/20 se ha hecho especial énfasis a que las preguntas no pueden suponer o

⁵¹ En el caso del dictamen 9-19-CP/19 (Voto concurrente, p. 11), las juezas constitucionales estimaron que la pregunta propuesta -relativa al tema minero y las más de 812 concesiones-, violaba la prohibición de una sólo cuestión por pregunta tal como lo establece el art. 105 numeral 1. Sin embargo, el argumento que evidencia ésta problemática (prohibición de más de una cuestión por pregunta en el voto concurrente), parece más claro en el voto de mayoría; puesto que, en éste último, los jueces parecen tratar al tema como un problema de generalidad y no de la prohibición de más de una cuestión.

⁵² Véase dictamen 6-19-CP/19, p. 8.

⁵³ Véase dictamen 6-20-CP/20, pp. 6-7.

⁵⁴ Véase dictamen 15-19-CP/19, p. 5.

⁵⁵ Véase dictamen 2-19-CP/19, p. 6.

⁵⁶ Véase voto salvado en el dictamen 1-20-CP/20.

⁵⁷ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 19.

⁵⁸ Véase dictamen 9-19-CP-/19.

⁵⁹ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

implicar decisiones sobre diversos asuntos contenidos en una misma pregunta.

Por otro lado, algo que llama la atención es la “modulación” en la que ha incurrido la Corte respecto de los textos de consulta que han sido puestos a su conocimiento. Salvo algún caso en donde el denominado recurso a la modulación de decisiones ha servido para excluir ciertas secciones de la consulta que pueden afectar a la libertad de los electores, y siempre que no alteren el objeto y finalidad misma de la consulta⁶⁰; el mencionado recurso de la modulación puede resultar cuestionable. Por ejemplo, en el dictamen 001-DGP-CC-2011, a efectos de “declarar la constitucionalidad formal condicionada del proyecto de convocatoria a plebiscito...” – expresión utilizada por el órgano de control—, la Corte reemplazó las frases introductorias del contenido de consulta con un texto alternativo, —y lo que es más grave—, las propias preguntas⁶¹, en fundamento de la supremacía constitucional y los derechos de participación.

Es más, en el dictamen referido, la Corte advirtió lo que en efecto

sucedería con su pronunciamiento: “modificar de ser el caso”, las consideraciones generales, frases introducidos y el propio cuestionario planteado⁶². Así, la Corte textualmente se pronunció: “...la Corte Constitucional considera necesario modificar el contenido de la pregunta presentada por el Ejecutivo, por lo cual, la pregunta que deberá contener la convocatoria será...”. Finalmente, un dictamen que merece mención en su voto salvado es el 1-20-CP/20 en el cual, el juez proponente indico que “...una vez que considera que la pregunta es admisible, los considerandos deben ser reconstruidos en sus partes deficitarias”.

De cualquier manera, la pregunta que queda latente es: ¿hasta qué punto la Corte puede modificar el texto de las preguntas que le son sometidas a su conocimiento en el marco del control de constitucionalidad? Ciertamente, en aplicación del principio de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, un control formal o procedimental, solamente, parece imposible dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, con una constitución fuertemente materializada. Entonces, ¿Cuáles

⁶⁰ Véase dictamen 6-20-CP/20, p. 8.

⁶¹ También en el voto salvado del dictamen 1-20-CP/20 se consiente en la posibilidad de que la Corte pueda modular de forma responsable los considerandos de las preguntas propuestas, no así de las preguntas en sí mismas.

⁶² Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 17.

son los límites del control? ¿Hasta dónde debe alcanzar el ejercicio de un control de constitucionalidad? o, inclusive: ¿puede el órgano de control superponerse a los órganos democráticos a efectos de modificar las cuestiones sometidas al control?

3.2.2. Deliberación en el ámbito del control de constitucionalidad.

El tema de la deliberación como un componente sustancial de los procesos democráticos es un hecho que ha tomado fuerza en la tarea del control de constitucionalidad desplegado por las cortes y tribunales⁶³. No es un dato menor la importancia del proceso deliberativo al interior del órgano de control como un ejercicio necesario de discusión que acompaña a los mecanismos de democracia directa, amplificando la discusiones futuras; y, a su vez, como un complemento efectivo de las democracias representativas actuales, capaz de recuperar la articulación necesaria entre soberanía popular, participación ciudadana y órgano de control.

Ahora bien, como lo han señalado otros autores, la idea del control constitucional sobre los mecanismos de participación popular directa ha constituido un punto crítico de discusión tanto en la teoría como en la práctica constitucional⁶⁴. Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el ejercicio del control de constitucionalidad constituye una afrenta y una limitación injustificada a la voluntad popular, que socava las bases mismas de una sociedad democrática.

Por otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que “la razón de ser de la justicia constitucional es su función anti mayoría, la cual limita –por así decirlo– la cantidad de democracia para preservar su calidad, para evitar que se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos”⁶⁵. Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte “natural” de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial⁶⁶.

⁶³ De hecho, la Corte ha insistido, incluso, con una referencia al Consejo Constitucional Francés que: “...el Consejo Constitucional Francés ha establecido que toda consulta popular debe apuntar a garantizar que el proceso de deliberación que se da previo a un proceso electoral se lo realice sobre una base neutral sin inducir a equívocos...”. Véase dictamen 001-DCP-CC-2011, p. 18-19.

⁶⁴ Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 1era ed. (Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008), 331.

⁶⁵ Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, 2008), 102.

⁶⁶ Juan José Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, (Madrid: CEPC, 2003), 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

La verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte, se contraponen⁶⁷, pero, por otra, se complementan como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias⁶⁸. En efecto, no es posible predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría, puesto que la democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino, además, el respeto de unas minorías, y constituye uno de los medios para asegurar el cometido de la propia normatividad constitucional con unos límites a la actuación mayoritaria⁶⁹.

Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en su dictamen

11-19-CP/19 cuando indicó: "...la democracia no puede entenderse basada únicamente en la regla de la mayoría, sino que, más bien, los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del proceso político democrático. Si aquellos no se respetan, la democracia puede acabar por devorarse a sí misma..."⁷⁰.

Esa constante tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo, de un *constitucionalismo débil* como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino entre la posición constitucionalista pura —*del todo*— y la posición radical democrática pura —*del nada*—⁷¹.

⁶⁷ Rodrigo Uprimny, "Estado de derecho", *Economía Revista en Cultura de legalidad*, No. 5, (2013): 173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de Derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de Derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado.

⁶⁸ Véase, Luigi Ferrajoli, "La democracia constitucional", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 431-48; Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 64-75; Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control de poder* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995), 56; Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 37-40 refiere que podrían existir tres formas de contemplar la relación entre derechos humanos y democracia: una ingenua, una idealista y una realista. Indica el autor que un Tribunal que intente responder seriamente a las objeciones democráticas lo debe hacer desde una representación argumentativa, en la cual triunfa la reconciliación entre derechos y democracia.

⁶⁹ Francisco Balaguer Callejón, "Constitución y ordenamiento jurídico" en Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos* (CDMX: Porrúa, 2005), 199. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que "...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad...". Véase Roberto Gargarella, "Del reino de los jueces al reino de los políticos", *Jueces para la democracia* No. 28 (1997), 26.

⁷⁰ Véase el dictamen 11-19-CP/19, p. 7.

⁷¹ Véase Annette Schmitt, "¿Necesita la democracia una Constitución protegida?", en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2002), 254-262, quien ha utilizado tres tipos de respuesta frente a la tensión entre constitucionalismo y democracia: La respuesta constitucionalista pura —*del todo*—; la respuesta del demócrata pura —*del nada*—; la respuesta del demócrata constitucional —*del algo*—. Sobre un *constitucionalismo débil* ver Bayón, "Derechos, democracia y Constitución", en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid:

De hecho, la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida en la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático dotado de valor constitucional y la idea de unos límites –derechos–, fijados mediante la fuerza normativa de la Constitución⁷². Un equilibrio que, por ser de reciente adaptación, afecta a los sujetos protagonistas de este conflicto⁷³.

En ese contexto, y a pesar de que las Cortes o Tribunales Constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, significativamente, el legislador o el pueblo a través de su voluntad general, sus decisiones pueden estimarse legítimas si aparecen como “aplicación” del derecho en el marco de una teoría deliberativa de la democracia⁷⁴ y de una teoría de la interpretación plausible que involucre

prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento⁷⁵.

De una posición contraria a la tarea del control, fundada en la idea de que la supremacía de la voluntad popular no poder ser limitada, negada o suprimida bajo ningún concepto puesto que la voluntad popular constituye el sustento de todo el sistema político y jurídico, a un modelo que prevé un rígido sistema de control constitucional de los mecanismos de democracia directa, bajo el supuesto de que el control de constitucionalidad no debe ser entendido como una barrera a la expresión de la voluntad popular, sino, al contrario, como su más fiel garantía en contextos en donde los poderes públicos puede cooptar las dinámicas electorales, la idea pasa por estructurar un control que extienda el debate y la deliberación capaz de superar las críticas que aquejan al órgano de control.

Trotta, 2003), 234-235.

⁷² Habermas apelaría en esta relación a la idea de la “cooriginalidad” o “copertenencia” de ambos ideales, ya que constituyen la manifestación de una misma concepción de las personas como sujetos morales que hace posible un ejercicio de autonomía política y autonomía privada. Véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 2008), 193.

⁷³ Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 164.

⁷⁴ A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en José Luis Martí, *La república deliberativa: Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2006). Igualmente, puede verse Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997).

⁷⁵ Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones-Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 29.

En efecto, el constitucionalismo ecuatoriano ha experimentado un tránsito sobre las dimensiones y alcances del control en cuanto a consultas populares se refiere. De la vigencia de la Constitución de 1998 en donde la norma fundamental guardaba silencio sobre el control de constitucionalidad de los mecanismos de democracia directa, al reconocimiento Constitucional de 2008 (art. 438, numeral 2 CR) en donde se prevé un control automático de las consultas populares, la tesis central apunta a generar una especie de diálogo que se extienda a la arenas judiciales; y, luego, -bajo los criterios fijados por el órgano jurisdiccional-, un regreso al debate popular con elementos de aporte y discusión sobre el alcance de la consulta popular, capaz de volver verdaderamente efectivos los mecanismos de democracia directa.

Así, dado que los procesos de consulta se orientan a discutir cuestiones de trascendental importancia, es de esperarse que el órgano de control genere un espacio de diálogo abierto cuando despliega su actividad jurisdiccional sobre estos asuntos. Ahora, ¿ha sido posible esta tarea deliberativa al interior de la Corte Constitucional ecuatoriana en

el marco de los procesos de control de constitucionalidad de consultas populares?

Del número de consultas que han sido tramitadas ante el órgano de control, o han sido negadas en su mayoría (dictámenes de control de consulta popular desde la vigencia de la actual Corte Constitucional, 5 de febrero 2019. Salvo cuando la Corte actual se pronunció sobre la existencia de un dictamen ficto, o, el ultimo dictamen 6-20CP/20, todos los dictámenes han sido negados y archivados)⁷⁶; sea porque han sido mal formuladas por los proponentes del proceso de consulta; sea porque son poco claras o ambiguas; sea porque se refieren a cuestiones que atienden asuntos de reforma constitucional que distorsionan el proceso de consulta y vuelven inviable su procedencia; sea porque contienen una carga valorativa, contrario al espíritu que impone la LOGJCC como una garantía de neutralidad; contrarían los requisitos legales; o, -como en el caso del ejercicio de las Cortes Constitucionales que precedieron a la actual-, porque a pesar de haber tenido la posibilidad de llevar adelante ejercicios de prácticas deliberativas claras que incentiven la participación y discusión efectiva en atención a los argumentos

⁷⁶ Las actuales juezas y jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana, iniciaron el período de su gestión el 5 de febrero de 2019.

de los proponentes o interesados⁷⁷ a través de los denominados *amicus curiae*, no existe una evidencia clara que el proceso de deliberación haya desplegado todo su valor epistémico al interior del órgano de control cuando de consultas populares se trata.

Al contrario, evidencias de un ejercicio de control de constitucionalidad como es el dictamen 001-DCP-CC-2011 en donde existió una amplia participación ciudadana al interior de la Corte, no mereció una especial atención deliberativa en el órgano jurisdiccional, postergando una necesidad de debate que impulse la discusión ciudadana en relación a los temas de consulta.

Es más, en algún otro caso, como por ejemplo en el dictamen 001-13-DCP-CC, no sólo que no se permitió la posibilidad de abrir un foro de discusión y deliberación sobre la cuestión planteada sino que, en una aplicación distorsionada de la norma, manifestó que no es posible emitir dictamen alguno de la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular propuesta hasta que no se cumpla con el requisito de legitimidad democrática determinado en el art. 104 de la Constitución de la República. Es decir, cuando la iniciativa provenía de la iniciativa

ciudadana, la Corte interpretó de manera restrictiva que si bien el control de constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular de iniciativa precede a la misma, no lo es antes de la recolección de firmas.

Afortunadamente, dictámenes posteriores emitidos por la actual Corte Constitucional, con inicio en el dictamen 1-19-CP/19, -a pesar que reconoció que de una lectura del texto constitucional no se ha establecido de forma clara y expresa el momento en que debe exigirse el respaldo ciudadano-; en virtud del principio de aplicación e interpretación más favorable previsto en la propia Constitución, corrigió este argumento restrictivo y cambió el precedente al considerar que la inicial “confusión” que pretendía esclarecer la Corte anterior, provocaba efectos lesivos al derecho de participación ciudadana.

En su lugar indico lo siguiente: “... Ante un pedido de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, la Corte Constitucional procederá a realizar el control de constitucionalidad de los considerandos introductorios y las preguntas de la misma, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas...”. De ahí en adelante, como era de esperarse, todos los dictámenes

⁷⁷ Por ejemplo, en el dictamen 10-19-CP/19 la Corte manifestó que algunas personas habrían presentado alegatos. Es decir, verdaderos informes en derecho que hacen parte de la discusión constitucional.

posteriores han reconocido éste último precedente jurisprudencial permitiendo la activación del control.

A pesar de lo dicho, resaltan algunos dictámenes como el caso 2-19-CP/19 en donde, de forma positiva, la Corte, de oficio dispuso la realización de audiencias públicas a fin de que intervengan los ciudadanos solicitantes, organismos del Estado, organizaciones sociales, empresas privadas, instituciones de educación superior, especialistas en la materia o terceros interesados, capaz de generar una dinámica deliberativa al interior del órgano de control⁷⁸.

De igual forma, pronunciamientos de la Corte (voto salvado) en el dictamen 1-20-CP/20, resultan interesantes en torno a permitir que el órgano de control incluya en el debate constitucional aspectos no considerados por proponentes de la consulta sin desnaturalizar el proceso de consulta, y que pueden ser derivados de la misma Constitución, los *amicus curiae*; o, la participación de personas o grupos de interés que aporten a la discusión, precautelando siempre la libertad del elector y el objeto de la consulta.

Dado que existe un especial interés en la interpretación de la Constitución como una cuestión central, las Cortes constitucionales representan sólo una parte de un proceso político-jurídico más amplio en el que las preferencias personales se transforman, orientando el interés común mediante el diálogo y la discusión⁷⁹.

Es decir, habría que pensar a la Corte Constitucional ecuatoriana como un garante de la discusión, el debate y la deliberación: antes, durante, e incluso, después, auspiciando un debate constitucional igualitario e inclusivo, permitiendo acercar la Constitución y sus institucionales al pueblo, en una suerte de pedagogía constitucional, sin que ello suponga un rostro elitista de dicha actividad.

En la práctica, casos concretos como por ejemplo en el dictamen 9-19-CP/19, aun cuando se resolvió negar el pedido de dictamen, la Corte se internó en el debate sobre el control de constitucionalidad de consultas populares en temas mineros; la participación y el régimen de desarrollo; los distintos tipos de consulta⁸⁰; la democracia directa y su relación con la consulta, sentando

⁷⁸ Véase dictamen 2-19-CP/19.

⁷⁹ Roberto Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

⁸⁰ En dicho dictamen tanto en el voto concurrente como el voto de mayoría, la Corte diferenció la consulta ambiental; la consulta previa a los pueblos indígenas y, la consulta pre legislativa, cada una con sus propios requisitos, procedimientos y efectos.

las bases para una discusión popular posterior más amplia y reposada acerca de cómo deberían proponerse los pedidos de consulta a efectos de tener el éxito necesario, así como, conocer cuáles son los alcances del derecho de participación, o, cuáles son los límites y condiciones de ejercicio del derecho de consulta.

Como consecuencia de lo dicho, un caso que destaca constituye el reciente dictamen 6-20-CP/20 en donde, en aplicación de la sentada jurisprudencia y la deliberación provocada en relación a los procesos de dictamen previo, los proponentes superaron el filtro del control obteniendo un dictamen favorable sobre el pedido de consulta popular, permitiendo de esta manera que, cuestiones centrales sobre el alcance de los derechos, sean resueltos de manera colectiva en la vía democrática⁸¹.

Entender así el ejercicio de control podría ayudar no sólo a justificar la actividad del órgano de control en una democracia contribuyendo a su fuente de legitimidad, sino, además, puede aportar favorablemente a un ejercicio real de democracia deliberativa, de discusión y debate público, obligando a justificar posiciones con arreglo

a razones, permitiendo acceder a información relevante, ayudando a obtener decisiones contrastadas y deliberadas, evitando la manipulación de la información; y, finalmente, contribuyendo a la formación ciudadana en el marco de una convivencia cívico-democrática⁸².

Seguramente, muy pronto la Corte conocerá de nuevas peticiones de dictamen relacionados a temas centrales de derechos; pero, sin duda, con un bagaje acumulado de casos anteriores, fortalecido en el debate y la discusión popular, y con una perspectiva diferente de la técnica constitucional en la proposición de la solicitud de dictamen gracias al potencial deliberativo que puede desplegar el órgano de control.

3.2.3. Los límites de la consulta en el marco del control de constitucionalidad.

Una de las cuestiones más recurrentes en la jurisprudencia de la Corte a nivel de control de consultas populares ha sido la insistencia de los límites que supone la consulta como mecanismo de democracia directa. Tales límites, ha indicado la Corte en el dictamen 4-19-CP/19, “pueden estar contenidos en el propio texto

⁸¹ El dictamen en mención, en su voto concurrente ha reconocido la necesidad de que la consulta es una forma de participación a través de la cual se hace manifiesta una voz colectiva.

⁸² Sebastián López, 78.

constitucional o en otras fuentes que se integran a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad”⁸³.

Con referencias a dictámenes de reforma constitucional⁸⁴ en donde la Corte resolvió sobre la forma en la que se deben implementar los cambios constitucionales,⁸⁵ el órgano de control ha sido reiterativo en afirmar que la propuesta de consulta popular y de los mecanismos de reforma constitucional no puede considerarse equiparables⁸⁶.

De hecho, ha indicado la Corte que: “...La consulta popular ordinaria planteada por el solicitante, regulada por el artículo 104 de la Constitución, no es uno de los mecanismo previstos para la reforma constitucional. A través del procedimiento de consulta popular no es posible efectuar cambio constitucional alguno”,⁸⁷ *so pena* de incurrir en un fraude a la propia Constitución⁸⁸.

Estos pronunciamientos no han sido aislados al interior de la Corte tal como se indica en los dictámenes 7-19-CP/19, 8-19-CP/19. En estos dictámenes

se ha vuelto a manifestar que en la consulta popular ordinaria, la Corte Constitucional no requiere realizar una determinación de la vía, sino, que, procede de manera automática a emitir un dictamen previo y vinculante respecto del contenido de la convocatoria a consulta popular”⁸⁹. En tanto que, ante un pedido de modificación constitucional, la intervención de la Corte se efectúa de manera distinta en tres momentos concretos: 1) la determinación de la vía para proceder; 2) el control de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional, cuando éste forme parte del procedimiento; y, 3) el control de constitucionalidad de la modificación ya aprobada.

Otro de los límites que tampoco ha pasado inadvertido por la Corte es que el control de constitucionalidad de convocatorias a consulta popular que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía, no puede referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, acorde a lo

⁸³ Véase dictamen 4-19-CP/19.

⁸⁴ Los dictámenes de reforma es otra de las facultades que tiene el órgano de control de constitucionalidad para pronunciarse sobre el camino que debe adelantar a dicha reforma. El dictamen de reforma al que se ha referido la Corte en su jurisprudencia es el 1-19-RC/19.

⁸⁵ Véase, dictamen de reforma 4-18-RC/19.

⁸⁶ Véase los dictámenes 3-19-CP/19; 5-19-CP/19.

⁸⁷ Véase dictamen 4-19-CP/19.

⁸⁸ Véase dictamen 6-19-CP/19, p. 10.

⁸⁹ Véase dictamen 8-19-CP/19.

previsto en el art. 104 penúltimo inciso de la Constitución de la República⁹⁰, no así en lo que temas relacionados con la actividad minera se refiere, en donde la Corte dejó abierta la posibilidad al proceso de consulta⁹¹, lo cual fue corroborado con un dictamen favorable en el caso 6-20-CP/20.

También constituye uno de los límites aquellas consultas que se orientan a dejar sin efecto una sentencia o decisión judicial. Un caso que ejemplifica lo dicho fue el dictamen 11-19-CP/19 en donde de manera clara, cuando se solicitó a la Corte revocar la sentencia 11-18-CN/19 relacionada con el matrimonio igualitario, el órgano de control resolvió a través de lo que denomina problemas jurídicos que, “un caso paradigmático”⁹² de imposibilidad de consulta popular, se refiere a la revocatoria de una sentencia.

Ciertamente, no es posible la revisión de una sentencia constitucional vía consulta bajo el argumento jurídico esgrimido por la Corte en su dictamen —art. 440 de la Constitución de la República—, que se refiere al carácter definitivo e inapelable de las decisiones de la Corte, pero, además,

porque en caso de ser posible que vía consulta se revea una decisión jurídica, se afectaría gravemente el principio de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva e independencia de la Función Judicial.

Por otro lado, nuevamente en lo que se refiere al tema de los límites frente a las decisiones puramente mayoritarias, la Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado en el dictamen de consulta 4-19-CP/19 (nota al pie núm. 2 con referencia al caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que, a pesar de que el objeto de la consulta es amplio, en la medida en la que la Constitución permite que la ciudadanía consulte respecto a “cualquier asunto”, sin embargo, la protección de los derechos aparece como un límite infranqueable a la regla de las mayorías⁹³.

Adicionalmente, no como un límite al ejercicio del derecho a la consulta sino como un límite temporal dentro del cual el órgano de control puede ejercer legítimamente su actividad, constituyen los casos acumulados 0001-12-CP y 0008-15-CP. En dicho dictamen, la Corte,

⁹⁰ Este criterio ha sido replicada, por ejemplo, en el dictamen 9-19-CP/19, p. 10.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Esta fue la expresión utilizada por la propia Corte Constitucional en el dictamen 11-19-CP/19.

⁹³ Entre ellos, naturalmente, prohibiciones sobre la pena de muerte, la tortura, la discriminación y, los derechos de la naturaleza, según criterio de algunos jueces en sus opiniones de voto salvado. (Véase voto salvado en el dictamen 1-20CP/20).

en aplicación de la disposición contenida en el art. 105 de la LOGJCC manifestó que al haberse verificado los dos supuestos contenidos en tal disposición legal referida; esto es: el transcurso del término de 20 días; y, la no resolución de la Corte dentro de ese lapso, se entenderá que existe un dictamen ficto favorable que permite llevar a cabo el proceso de consulta.

A pesar de que el dictamen ficto como una consecuencia legal no supone un control sobre el fondo de las cuestiones desatendidas, es claro que esta previsión normativa sanciona la inactividad del órgano de control y tutela el derecho a la participación mediante el ejercicio y puesta en práctica de la consulta popular, toda vez que, sería inadmisibles que un

ejercicio de manifestación popular quedase truncado por la inactividad del órgano jurisdiccional.

Naturalmente, cabe insistir que otro de los límites tiene que ver con que el proceso de consulta no viole derechos o garantías constitucionales. De cualquier manera, los límites que ha sido anotados, así como los efectos que podrían suscitar determinado pronunciamiento en tutela de otros derechos fundamentales, tal como lo reconoce el propio órgano de control en virtud del principio *pro homine*, han de ser interpretados de forma restrictiva y argumentada adecuadamente⁹⁴, a efectos de no violentar o limitar el derecho de participación de los ciudadanos.

4. Conclusión

Aun cuando un problema central para el Estado democrático sea *quién* tiene la última palabra en la discusión constitucional, resulta tanto o más importante, definir el *cómo* se ejecuta o lleva a cabo esa función de pronunciar la última palabra en el marco de una Constitución normativa. Por

ello, es necesario que, la Corte, como guardián de la Constitución y espacio institucionalizado de la discusión constitucional, incorpore verdaderas prácticas deliberativas, involucrando a la mayor cantidad de sujetos interesados en el debate constitucional. Ello contribuirá no solo a afirmar

⁹⁴ Véase el dictamen 9-19-CP/19, p. 11.

su fuente de legitimidad; sino, además, aportará a una discusión democrática informada de los derechos fundamentales y sus instituciones expidiendo los canales de discusión. En esa tarea, los estándares que rodean al ejercicio de la consulta popular son cada vez más precisos a través de los dictámenes de consulta que emite la Corte. Sin embargo, no es del todo claro que dichos criterios hayan logrado impregnar la conciencia ciudadana que, en un ejercicio recurrente de activación del derecho a la consulta, acuden al órgano de control sin conocer los parámetros que guían el proceso de consulta, salvo casos puntuales que han obtenido dictamen favorable y que son fruto de la experiencia acumulada de decisiones anteriores.

De una revisión atenta de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana en relación al control de constitucionalidad en los procesos de consulta popular, una línea jurisprudencial en torno a los límites y alcances de la consulta popular —con algunas diferencias en los fallos—, se ha ido consolidando al interior de la Corte. No obstante,

no parece suceder lo mismo en las solicitudes de dictámenes de control en donde problemas de técnica constitucional en la proposición de la solicitud, son patentes.

Si los mecanismos de democracia directa son complementos a las democracias representativas, el control de constitucionalidad de las consultas populares a cargo de la Corte no debe ser visto como un obstáculo a la voluntad popular, sino, como una garantía de su ejercicio en el marco del respeto a la Constitución y los derechos, capaz de constituirse en un nuevo foro de deliberación que permita mejorar y amplificar el debate, contribuyendo a una democracia real, cada vez más compleja y diversa.

Una función constitucional definida aporta a la consolidación de las instituciones constitucionales, pero, al mismo tiempo, fortalece una sociedad democrática comprometida e informada de sus derechos, ratificando que la discusión, el debate y la deliberación pública es un compromiso permanente con el principio democrático y el autogobierno.

Bibliografía

- Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Aragón Reyes, Manuel "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, n.º. 19, enero-abril de 1987.
- . *Estudios de derecho constitucional*, 2da. Ed. Madrid: CEPC, 2009.
- Balaguer Callejón, Francisco. "Constitución y ordenamiento jurídico". En Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*. CDMX: Porrúa, 2005.
- Bayón, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución". En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Criado de Diego, Marcos. "Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa". *Revista Derecho del Estado*, n.º. 28, enero-junio 2012.
- Duncan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- Ely, John. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 1997.
- Escobar García, Claudia. "Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?". *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. 1era ed. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bologna: CLUEB, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". En Christian Courtis, comp. *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. "La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas". *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, n.º. 1, 1981.
- Gargarella, Roberto. "Del reino de los jueces al reino de los políticos". *Jueces para la democracia*, n.º. 28, 1997.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2008.
- Lopera Mesa, Gloria. "La problemática legitimidad de la justicia constitucional". En *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º. 5, 2001.

- López Hidalgo, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones–Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- . “El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *Revista Iuris*, vol. 1, n.º. 17, 2018.
- Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- Marenghi, Patricia y Manuel Alcántara Sáez . “Los mecanismos de democracia directa: argumentos a favor y en contra desde la teoría de la democracia”, *Revista de Derecho Electoral-Tribunal Supremo de elecciones-San José Costa Rica*, n.º.4 , 2017.
- Martí, José Luis. *La república deliberativa: Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Moreso, Juan José. “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: CEPC, 2003.
- Niembro Ortega, Roberto. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*, 3era ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Peña Freire, Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 12ma ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: CEC, 1985.
- Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”. En Miguel Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución*. CDMX: Porrúa, 2005.
- Quintana, Ismael. “Limitaciones inconstitucionales a la consulta popular como derecho político”. *Revista ecuatoriana de derecho constitucional*, Año 1, n.º. 1, Enero 2017.
- Rubio Llorente, Francisco. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, enero–abril de 1982.
- . “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraww-Hill, 1998.
- Salgado, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ta ed. Quito: Ediciones Legales, 2012.

Schmitt, Annette, “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2002.

Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: CEC, 1993.

Trujillo Montalvo, Patricio. “Consultas y referéndums populares ¿Búsqueda de legitimidad política en Ecuador?”. En *Apuntes Electorales*, n° 60, 2019.

Trujillo Vásquez, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*, 2da ed. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.

Uprimny, Rodrigo. “Estado de derecho”. *Eunomía Revista en Cultura de legalidad*, n° 5, 2013.

Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.

Dictámenes de la Corte Constitucional (Consulta popular)

Dictamen 001-13-DCP-CC.

Dictamen 001-DCP-CC-2011.

Dictamen 1-19-CP/19.

Dictamen 2-19-CP/19.

Dictamen 3-19-CP/19.

Dictamen 4-19-CP/19.

Dictamen 5-19-CP/19.

Dictamen 6-19-CP/19.

Dictamen 7-19-CP/19.

Dictamen 8-19-CP/19.

Dictamen 9-19-CP/19.

Dictamen 11-19-CP/19.

Dictamen 12-19-CP/19; 13-19-CP/19 (Acumulados).

Dictamen 0001-12-CP y 0008-15-CP.

Dictamen 14-19-CP/19.

Dictamen 15-19-CP/19.

Dictamen 1-20-CP/20.

Dictamen 5-20-CP/20.

Dictamen 6-20-CP/20.

Dictámenes de la Corte Constitucional (Reforma constitucional)

Dictamen de reforma 4-18-RC/19.

Dictamen de reforma 1-19-RC/19.

Entrevistas





Profesor Hernán Salgado Pesantes:

“Un juez debe ser una persona que está consciente del valor de la independencia judicial”

Por: Miguel Molina Díaz¹ y Gandhi Vela Vargas

Su gran pasión es la enseñanza del Derecho, aunque la profesión de abogado le ha llevado a participar en los más altos órganos de administración de justicia, en calidad de juez: en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional del Ecuador, de la que actualmente es su presidente. Hernán Salgado Pesantes nació en Cuenca, en 1939. Estudió Derecho en la Universidad

de Guayaquil, después de lo cual hizo su doctorado (equivalente a PhD) en Francia, en la Universidad París I Panthéon-Sorbonne. Fue decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador entre 1987 y 1989, en la cual ha ejercido la cátedra universitaria por más de tres décadas. También ha publicado libros y artículos sobre Derecho Constitucional, Teoría del Derecho, Derechos Humanos, entre otros.

¹ Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Master of Fine Arts en Escritura Creativa en Español en la Universidad de Nueva York. Entre otros medios, trabajó para La Hora, El Comercio y La República. Ha publicado ensayos literarios, políticos y jurídicos en libros colectivos y revistas. Actualmente es columnista de El Universo, profesor de la Universidad de Las Américas, y Coordinador Técnico de Difusión del CEDEC de la Corte Constitucional.

¿Por qué decidió estudiar la carrera de Derecho?

-Una de mis inclinaciones fueron las Ciencias Sociales; camino que me llevaría a conocer el mundo de lo jurídico, del Derecho. Particularmente me interesé en la sociología y filosofía políticas, también en las relaciones internacionales. Siempre fui sensible a la injusticia social, a la falta de equidad, entonces entendí que a través de la abogacía podía contribuir a realizar los ideales de la justicia y a defender los valores humanos.

¿Qué figura fue fundamental para usted, en la decisión de convertirse en jurista?

Cuando obtuve una beca para estudiar en Francia conocí al distinguido profesor Georges Burdeau, que era realmente un sabio en materia de Ciencia Política, un erudito extraordinario en Derecho Constitucional. La Escuela francesa de ese tiempo, encabezada por él, Duverger, Vedel y otros, me impactó. Ellos profesaban que no debemos encerrarnos en las normas, hay que observar la realidad y aprehender el fenómeno político.

Por eso, cuando vi que el maestro Burdeau tenía once tomos de Ciencia Política, comprendí que él era un constitucionalista. Él denominó Ciencia Política al Derecho Constitucional.

De este modo, la Escuela francesa de ese tiempo ponía énfasis en los hechos políticos e institucionales. El Derecho Constitucional establece las reglas para que el juego político se desenvuelva con orden en la sociedad, comenzando con los mismos mandatarios de un Estado y terminando con la participación popular. Ellos me encaminaron al Derecho Constitucional.

Después de esos estudios ha realizado muchas actividades como profesor, juez y autor; de todas ellas, ¿cuál es la que más le ha resultado importante y apasionante en su vida?

No dudo un momento en decir que es la docencia, para eso fui a estudiar en Francia y cuando regresé, después de cinco años, quise ejercer la docencia universitaria. Me hubiera gustado ir a la Universidad de Guayaquil que es donde me preparé, pero estaba en crisis. Para dar cátedra y estudiar se necesita disciplina y respeto, eso lo encontré en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de Quito, y ahí permanecí. Si volviera a vivir retornaría a ser docente.

¿Cuál es el papel que debe cumplir todo abogado en una sociedad?

Yo siempre he insistido en que el abogado debe ser un baluarte de ética y de valores sociales. De otra parte, el abogado suele ser

cotizado económicamente pero es necesario guardar sensibilidad social, porque la mayoría de veces quienes más requieren acudir a la justicia son personas de escasos recursos, marginados que desconocen sus derechos, si los abogados no dan su aporte desinteresado estas personas no tendrán acceso a la justicia.

¿Qué atributos debería tener un juez, desde el más inferior hasta el más alto?

Mucho se podría decir, pero a más del atributo intelectual quien quiere ser juez debe ser una persona que está consciente del valor de la independencia judicial. La independencia para actuar con mucha responsabilidad sin someterse a ningún tipo de presión: desde la presión política, la económica o cualquier otra. La imparcialidad está vinculada estrechamente a la independencia, y de esa manera, se logra una mejor administración de justicia.

¿Cuál es la idea de justicia constitucional a la que debemos aspirar en una sociedad democrática y plural?

La justicia constitucional ha ido avanzando por diversas fases y períodos. En un primer momento, desde que Kelsen diseñara la Constitución austriaca de 1920, lo que

se buscó es que todo el ordenamiento jurídico respete la norma fundamental. Después, por los años 50, este abanico se fue abriendo porque se comprendió que en la justicia constitucional descansan las garantías que dan efectividad a los derechos humanos. Naturalmente, hoy se complementan ambos aspectos, el control de normas y la protección de las garantías fundamentales, y a estos se suman otras cuestiones, como la resolución de conflictos entre órganos del Estado, aspectos de interpretación y mucho más. Queda claro que la calidad de democracia que vive un país se refleja en las actuaciones de una Corte Constitucional.

¿Cómo le gustaría ver a Ecuador en los próximos años, a futuro?

Mi afán como profesor fue contribuir a consolidar la institucionalidad ecuatoriana. Todos sabemos que nuestra institucionalidad es muy frágil. Un punto de referencia es el número de constituciones que tenemos. Creo que ese es el gran desafío en este siglo XXI. Yo quisiera que la justicia constitucional se fortalezca y alcance el prestigio que deben merecer las instituciones. Solemos repetir que las personas pasamos, los funcionarios desaparecemos, pero es la institución la que debe mantenerse y consolidarse. Mantengo viva la esperanza de que las instituciones del

Ecuador se fortalezcan y alcancen un mejor nivel que el actual: que den una atención eficaz, sin corrupción.

¿Cuál sería el mensaje que da como docente a los estudiantes tanto de Derecho y de otras Ciencias Sociales?

Reitero mi pensamiento de que, depende de cada persona profundizar los conocimientos porque el profesor

—por bueno que sea— no está en posibilidad de enseñar todo. En segundo lugar, hay que poner esfuerzo y constancia, a veces quisiéramos que todo salga como deseamos, que toquemos una puerta y se nos abra enseguida, y no es así. El esfuerzo significa sacrificio. El conocimiento se lo alcanza con sacrificio. La vida del jurista, entonces, implica esfuerzo y sacrificio.

RECUADRO AUXILIAR

Cuestionario de Proust

¿Cuál le considera el principal rasgo de su carácter?

La tolerancia.

¿Qué cualidad aprecia más en otro ser humano?

La lealtad.

¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los seres humanos?

La hipocresía.

¿Fuera del oficio o profesión que ejerce, cuál es su oficio o profesión favorita?

La lectura.

¿Bajo su criterio, cual sería para usted la peor desgracia para las personas?

La incapacidad de corregir errores.

¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?

Internacionalmente, gusto del vals, los famosos Vals de Strauss; en lo nacional, los pasillos.

¿Cuáles son sus autores favoritos en literatura?

Es difícil (fui profesor de Literatura), mis primeras impresiones fueron de Dostoievski, amo el siglo de oro español; y

en nuestro país, los poetas de la “Generación decapitada” y la épica de Olmedo.

¿Cuál es su héroe predilecto del mundo real?

Eugenio Espejo, hombre multifacético.

¿Quién sería su héroe o heroína dentro de un mundo de ficción, o que haya de ficción, de literatura.

El Principito.

¿Su pintor preferido?

Los del renacimiento italiano, principalmente nombraría a Da Vinci, Miguel Ángel y Raphael.

¿Cuáles serían los hechos históricos que detesta?

La guerra del 41 con el Perú.

¿El hecho histórico que más admira usted?

La Batalla de Pichincha.

¿Usted tiene un lema?

El que me enseñaron mis primeros profesores: “El bien no hace ruido, y el ruido no hace bien”. Eso aprendí en la escuela de los Hermanos Cristianos de Cuenca, mi ciudad natal. Y jamás lo he olvidado.



Karla Andrade Quevedo:

“El trabajo de mis colegas es una inspiración constante”

Por: Miguel Molina Díaz y Gandhi Vela Vargas

El amor por el Derecho Constitucional le llegó luego de indagar en varias áreas del derecho, porque siempre procuró ser versátil. La dramática situación de los migrantes ecuatorianos, que observó mientras hacía sus estudios de posgrado en España, le confirmó su vocación como exploradora en el mundo de los derechos fundamentales, su vocación de constitucionalista. Si bien es la más joven de los nueve jueces de la Corte Constitucional, Karla Andrade Quevedo (Quito, 1983) tiene una maestría y un doctorado, por la Universidad de Sevilla, en esta rama del Derecho, y ha sido catedrática en la Universidad Internacional SEK, la Universidad Andina Simón Bolívar y la

Universidad San Francisco de Quito, en donde se formó como abogada. Ha trabajado como asesora de la Corte Constitucional. Ha estudiado y trabajado en temas de litigación, derecho ambiental y arbitraje. Sus publicaciones académicas han versado sobre: derecho de sufragio de personas extranjeras, desnacionalización de los derechos, el desarrollo histórico del arbitraje, ciudadanía y globalización, la acción de protección, entre otros.

¿Por qué la decisión de estudiar Derecho?

Es una decisión que estuvo siempre en mi mente. Quizá influyó

que mi abuelo fue abogado, pero siempre me han interesado los asuntos sociales, cuando estaba en el colegio me interesaban mucho los temas de Naciones Unidas. Nunca tuve dudas, tenía claro que mi vocación era el Derecho.

¿Cuáles eran las clases que más le gustaban como estudiante universitaria?

Por la configuración de la Universidad San Francisco de Quito pude tomar clases de distintas áreas. En Derecho, lo que más me gustaba era la litigación. Eso me llevó a tomar clases de arbitraje, donde la litigación era oral, y los sistemas más modernos y ágiles. En esa época yo no me decantaba mucho hacia el Derecho Público.

¿Cómo fue su decantación hacia la docencia e investigación académica?

Si bien siempre me gustó el ejercicio del Derecho en la trinchera, litigando, me atrajo también la docencia. Yo trabajaba en derecho ambiental y hacía consultorías, que generalmente incluían muchas capacitaciones. Luego, la Universidad Andina Simón Bolívar me dio la oportunidad para dictar una materia y cuando lo hice me encantó. Luego di clases en pregrado y fue muy distinto, pero también fascinante:

son personas a quienes les inculcas el amor al Derecho y les introduces a un mundo nuevo.

Desde la docencia descubrí el amor por la escritura académica, pero mi paso por la Corte Constitucional, como asesora, afianzó mi pasión hacia la investigación jurídica, haciendo sentencias y creando Derecho.

Sus estudios de posgrado se han centrado en la rama de Constitucional. ¿Cómo nació este interés suyo hacia el Derecho Constitucional?

Como dije antes, trabajaba y litigaba en derecho ambiental, y era un tema muy ligado a lo constitucional. Además, justo en esa época estábamos dentro del proceso constituyente del 2008, durante ese tiempo reflexioné sobre las disyuntivas que generaban los textos constituyentes, realizaba asesorías y consultorías sobre las implicaciones de la nueva constitución. A eso se sumó que me casé y me mudé a vivir en España, ahí encontré la maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla, donde luego tuve la oportunidad de continuar con el doctorado. Me pareció una rama interesante y no tan común en esa época. Al estudiarla, le cogí el gusto y me metí en eso de lleno. Originalmente, no era mi plan, pero la vida me llevó al Derecho Constitucional y me encanta.

Su tesis doctoral versó sobre los derechos fundamentales de los extranjeros no comunitarios en España, ¿cómo surgió su preocupación por la situación de los migrantes ecuatorianos?

Después de vivir más de dos años allá, constaté que la situación migratoria de ese momento era dramática. La cantidad de ecuatorianos que había en España era enorme, cerca de 450.000 en ese momento. Madrid era la tercera ciudad, después de Quito y Guayaquil, con más ecuatorianos. Cuando debía fijar mi tema, justo había procesos electorales locales que fueron muy duros, porque las campañas en contra de la migración eran muy fuertes. Los discursos xenófobos eran constantes. Yo misma tenía problemas enormes para poder mantener mi estatus legal, para poder renovar mi visa y acceder a servicios. Llegó el punto en el que lo supe: no quería escribir algo ajeno a la realidad y lejano a mi país. Así que decidí meterme a analizar la situación de los migrantes ecuatorianos en España. Reflexioné sobre la necesidad de una ciudadanía no arraigada en una nacionalidad, de unos derechos no atados exclusivamente a ella. Nuestros migrantes llevaban años viviendo ahí, aportaban con sus impuestos, con su trabajo y con su vida, sus hijos nacían, crecían e iban a la escuela. Pero, aun así, no eran

ciudadanos, eran invisibles, personas de segunda clase, más bien eran un chivo expiatorio constante. Así, el tema de tesis se volvió algo apasionante y fue un inmenso crecimiento personal, incluso me impulsó a volver al Ecuador.

¿Qué significó ese periodo de su vida en España, en Europa en general, además de lo académico?

Fue una época de aprendizaje completo, de absorber conocimientos como esponja. Estaba becada, era investigadora, me dedicaba a leer, a escribir y a pensar. Creo que es la época que más voy a añorar, en términos de paz. Adicional a esto, fue un crecimiento también familiar. Con mi esposo viajábamos mucho, fue una época de conocernos, de afianzarnos, de ser un equipo. Mi vida personal se consolidó en ese momento. Fue invaluable.

¿Cuáles son los mayores sacrificios que le han implicado asumir el rol de jueza constitucional?

Debería empezar diciendo que el papel de juez constitucional, a pesar de las dificultades, sigue siendo un honor. Ahora, ¿qué sacrificamos? Nuestra propia persona, nos entregamos y nos exponemos. Mis posiciones jurídicas están sujetas al más alto escrutinio, siempre analizadas y criticadas por el país. Entonces, muchas veces eso es duro,

ha sido un importante aprendizaje recibir con humildad ese escrutinio. Ser juez implica dejar mucho, incluso posiciones, no puedo imponer mis creencias o mis convicciones al pleno ni al país, este es un trabajo conjunto, de consensos y de mucha prudencia. Luego, el otro sacrificio enorme es en la vida familiar y personal. Por un lado, nuestra exposición y nuestras decisiones afectan también a nuestras familias, reconozco que a veces es más duro para ellos que para uno mismo. Por otro lado, mis hijos son chiquitos y he debido aprender a compaginar mis labores de jueza con el tiempo que debo darles. En todo caso, insisto en que más allá de los sacrificios ha sido un gran aprendizaje.

¿Qué desafíos tienen como mujeres en la vida jurídica y en especial aquí en el Ecuador?

Las mujeres, como juezas, tenemos un desafío y un compromiso enorme, no solamente con el Ecuador sino particularmente con las mujeres ecuatorianas. Parte de estar aquí implica contribuir a que la equidad de género se consolide. Además, debemos ser un ejemplo y abrir caminos para las jóvenes y niñas. En ese afán incluso hemos procurado contribuir con nuestras experiencias a las mujeres. Lo hemos hecho con niñas de colegios y estudiantes de universidades. Tienen que saber que

es posible ser mujer, joven, mamá, jueza o lo que quieran ser. No tiene por qué haber límites ni roles que cumplir.

¿Que figura o figuras han sido fundamentales en su carrera como jurista?

Varias, empezaré con mis profesores, mis colegas y en sus distintas etapas mi equipo de trabajo. Mi director de tesis en la maestría y el doctorado, Javier Pérez Royo, fue una figura clave, lo mismo que mis profesores de pregrado en su momento. Ahora debo decir que mis colegas y mi equipo también son parte de eso, para mí son figuras ejemplares y emblemáticas. Admiro la forma en la que trabajan, con su desprendimiento y compromiso son una inspiración constante. Y su nivel de conocimientos ha sido un apoyo enorme para poder llevar a cabo esta tarea.

¿Qué atributos cree que debería tener una persona en el rol de juez?

Yo creo que un juez, además de la clásica imparcialidad, debe ser recto, prudente y empático con todas las partes, debe tener los pies en la tierra y un sentido de responsabilidad. Además, como dice el Presidente de la Corte, requiere mística y vocación de servicio.

RECUADRO AUXILIAR

Cuestionario de Proust

¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?

La fuerza.

¿Cuál es la cualidad que aprecia más en otro ser humano?

La bondad.

¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los seres humanos?

La terquedad.

¿Su profesión u oficio favorito ajeno al suyo?

Ser mamá, que también soy.

A su criterio personal, ¿cuál sería la peor desgracia para una persona?

Todos cargamos una cruz diferente.

¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?

La música de los ochentas y noventas.

¿Cuáles serían sus autores favoritos de literatura?

Me gusta mucho el género de literatura histórica, pero un Vargas Llosa o un García Márquez siempre me van a llenar.

¿Cuál sería su héroe o heroína predilectos del mundo real?

Matilde Hidalgo de Procel.

¿Cuál sería un pintor preferido?

No soy muy aficionada a la pintura, pero admito que fui a Viena en busca de Gustav Klimt y a Ámsterdam a ver a Van Gogh.

¿Cuál es la figura histórica que más detesta, que más le genera rechazo?

Hitler, y en general, todas las figuras dictatoriales.

Humanamente ¿cuál es un hecho histórico admirable o que admiras?

En cualquier etapa histórica, admiro la capacidad de recuperación que tiene la humanidad.

¿Cómo le gustaría a usted que sea su muerte cuando llegue el momento?

Dormida en mi cama, junto a mi marido.

¿Qué defectos en otras personas le inspiran más indulgencia?

La ira.

¿Tiene usted un lema?

Soy ama de mi silencio y esclava de mis palabras.



Agustín Grijalva Jiménez:

“Soy fundamentalmente un académico”

Por Miguel Molina Díaz y Gandhi Vela Vargas

En el Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez lo que subyace es la calma. Incluso la paciencia. Habla despacio, piensa cada palabra. Durante la entrevista recuerda una frase que, en su juventud, escuchó de boca de su profesor de Derecho Constitucional, Hernán Salgado Pesantes: el bien no hace ruido, y el ruido no hace bien. Es decir, Grijalva es un académico en el sentido clásico. Meditativo. Reflexivo. Amante de la lectura y la música. De hecho, disfruta de todos los géneros musicales; a los más actuales los conoce por su hijo de 17 años, mientras él en respuesta le comparte las referencias de aquellos músicos y temas que estuvieron en

boga en otras épocas. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, máster en Ciencias Políticas por la Universidad de Kansas, y PhD por la Universidad de Pittsburgh. Ha sido profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar por más de dos décadas. Es autor de varios libros.

¿Por qué estudió Derecho?

Mi padre fue durante varios años depositario judicial, entonces yo desde niño observaba las diligencias, a veces lo acompañaba a los juzgados. Desde mi infancia estuve cerca al mundo del Derecho. Luego me llamó la atención que el Derecho está muy vinculado

a la política, a los procesos sociales, y dentro de esta relación, existen muy diversas aristas y facetas que me interesaron.

¿Cuál era las clases que más le gustaba como estudiante universitario?

Justamente el Derecho Constitucional. Y uno de mis profesores fue el Dr. Salgado. Esa identificación con esta rama la tuve clara desde siempre. Luego, en mis postgrados, traté de estudiar el área más relacionada con la rama constitucional, que es la ciencia política. Mi tesis doctoral fue, precisamente, un estudio empírico, histórico e institucional, sobre el Tribunal Constitucional y sus relaciones con el Congreso. Además, la cercanía con Julio César Trujillo, en la Universidad Andina, consolidó ese interés y esa conexión.

Sus estudios de postgrado son sobre la ciencia política. ¿Cómo dialogan estas dos disciplinas, la ciencia política y el Derecho Constitucional en su vida?

Se complementan. El derecho constitucional, desde una mirada normativa, plantea un deber ser sobre las instituciones, los derechos, y la organización del poder. La ciencia política analiza el ser, las concreciones,

aplicaciones e inaplicaciones de ese deber ser, en el marco de relaciones de poder, lo cual enriquece la visión del constitucionalista. Para una disciplina empírica como la ciencia política es muy interesante a su vez tomar en cuenta el Derecho Constitucional, que traza un horizonte normativo en la vida de los Estados.

¿Cuáles son sus figuras claves en su pensamiento? ¿Algún jurista o filósofo específico?

Algunos docentes en el estudio universitario siempre dejan una marca. Figuras del derecho latinoamericano que he estudiado son Carlos Nino, Carlos Gaviria, Roberto Gargarella, Rodrigo Uprinsky, o César Rodríguez. Entre los españoles, Prieto Sanchiz y Pérez Luño. En materia de justicia indígena trabajé directamente con Boaventura de Sousa Santos, que es uno de los sociólogos jurídicos más conocidos. Editamos un libro conjunto, era una investigación comparada, interdisciplinaria e intercultural. En las áreas que han sido objeto de mi docencia, como la interpretación y argumentación jurídicas, hay figuras clásicas del pensamiento jurídico occidental: Kelsen, Hart, Dworkin, o Ferrajoli. Más allá de ellos, siempre teniendo a los clásicos, por su vigencia y profundidad. Los pensadores actuales

más innovadores beben de los clásicos, los reinterpretan.

Como un investigador de la justicia indígena, ¿en qué le ha contribuido la cosmovisión andina a su formación de jurista?

Me ha ayudado a generarme una visión menos formalista, más cercana a la diversidad cultural de nuestro país y a las realidades sociológicas. En realidad, profundizar en una visión pluralista del derecho nos desmitifica muchas nociones que a veces tienen sentido sólo dentro de una visión monista del Derecho, que olvida la diversidad cultural. Entonces, yo creo que el estudio de este campo me ha ayudado a gestar una sensibilidad epistemológica que, como digo, en definitiva es una desformalización. Yo no tengo una visión absolutamente sociologizada del Derecho, no creo que deba diluirse la normatividad en lo puramente sociológico, pero sí creo que lo normativo, con alguna autonomía, se inscribe necesariamente en los procesos sociales.

A partir de los años de su formación académica en Estados Unidos, ¿qué significó en su visión el contacto con el sistema anglosajón?

Me ayudó, también, a ver la complejidad de la normatividad. Al

revisar el derecho anglosajón uno se ve forzado a cierto ejercicio comparativo, comparación que puede tener virtualidades críticas. Yo creo que el derecho comparado actual, al menos algunos de sus autores y corrientes, tienen un filo crítico muy interesante e importante, que aborda temáticas actuales como el pluralismo jurídico o diversas instituciones jurídicas. La experiencia, entonces, me avocó a un esfuerzo comparativo que, por cierto, también hago desde la ciencia política, porque mi área principal es políticas comparadas. De hecho, con José Luis Castro, estamos por sacar un libro, preparado antes de ingresar a la Corte, sobre reelección indefinida, y allí comparamos cómo se planteó este concepto en Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador. En ese trabajo tomamos en cuenta los procesos políticos, pero también las sentencias de las cortes o tribunales constitucionales, es decir, las interpretaciones que se hicieron para viabilizar estas reformas.

¿Qué atributos debería tener un juez?

Primero la ética, ciertamente. Una honestidad muy firme y clara. La independencia, que es interpretar las normas a conciencia, de acuerdo con las convicciones más firmes de lo que uno cree correcto y adecuado. Luego,

el conocimiento, pero no debe ser un conocimiento mecánico, no se trata de reproducir las normas en los fallos, sino de hacer un esfuerzo analítico de relación entre lo normativo y las situaciones fácticas complejas, y hacerlo desde un ejercicio axiológico que es ineludible, que gravita en la interpretación del Derecho. En ese ejercicio se plantean problemas más profundos. Un juez debe pensar en términos del bien público, no simplemente de las preferencias individuales, de tipo ideológico o moral, sino siempre en función social. Yo creo, además, que es importante la sensibilidad, no creo que un juez puede ser una máquina para producir sentencias, tiene que haber una sensibilidad humana, respecto a la injusticia, a los grandes problemas sociales, a las grandes desigualdades; y canalizar esa sensibilidad de manera razonable y meditada. Por último, un juez debe escuchar, me refiero a saber valorar los argumentos e interpretaciones de las diversas partes involucradas, con atención y respeto.

En términos de institucionalidad y Estado de Derecho, ¿cuáles son los desafíos más importantes de América Latina hacia el futuro?

La pandemia ha forzado una serie de restricciones, que se entiende sólo pueden ser temporales, pero

respecto a las cuales, a su vez, ha habido la necesidad de establecer límites. A pretexto de la pandemia no se podía justificar cualquier restricción, limitación de derechos, estados de excepción indefinidos, o comportamientos autoritarios. Establecer esos límites ha sido una prueba de fuego para el Estado de Derecho en América Latina. Me parece que la independencia judicial sigue siendo una necesidad y un desafío para la democracia en la región, porque de ella depende la protección de los derechos de los ciudadanos, así como el combate a un problema medular de la región, como es la corrupción, ese elemento corrosivo de la democracia.

¿Ha pensado qué le gustaría hacer con posterioridad a su rol como juez constitucional?

Si bien he tenido estas incursiones en el sector público, yo soy fundamentalmente un académico. Mis clases son discusión y debate; trato de ser lo más abierto a las críticas de mis propias posiciones, lo único que pido es argumentos. Esa es mi vida. Quizá me gustaría investigar, publicar y enseñar a un nivel más internacional. Hay temas fascinantes por investigar, y hoy no tengo tiempo. Encuentro mucha satisfacción en la formación de la gente. Me hace feliz ver que

quienes fueron mis estudiantes estén publicando, enseñando. Alumnos míos están haciendo sus post-doctorados, ya me superan, y está bien, de eso se trata. Cuando mi rol de juez se acabe, regresaré a la academia enriquecido, porque el ejercicio académico puede estar alejado de

la realidad, el trabajo jurisdiccional es más práctico, resuelve problemas concretos y urgentes. La academia es mucho más tranquila que la actividad judicial, pero la vida no puede tener como criterio la comodidad, porque entonces uno no sería creativo, no crecería.

Cuestionario de Proust:

¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?

La búsqueda constante de equilibrio.

¿Qué cualidad aprecia más en otro ser humano?

La generosidad.

¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los seres humanos?

La egolatría.

¿Su profesión u oficio favorito, ajeno al suyo?

Filosofía y literatura. Ambas tan necesariamente vinculadas a la cotidianidad, a la vida.

¿En su criterio cuál sería la peor desgracia?

La pérdida de los seres queridos.

¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?

Nietzsche decía que sin música la vida sería un error. Amo todos los géneros. Actualmente admiro y sigo al italiano Ludovico Einaudi.

¿Sus autores favoritos de literatura o filosofía?

Los clásicos. El libro que me ha impactado recientemente es *Meditaciones*, de Marco Aurelio, un estoico. Ahora quiero leer a Spinoza.

¿Quién es su héroe o heroína predilectos del mundo real?

Lo que hizo Julio César Trujillo fue heroico, lo entregó todo. Yo valoro los liderazgos morales, los que arriesgan más allá de lo imaginable. Leí hace poco las hazañas de Juan XXIII bautizando, en silencio, judíos para salvarlos del Holocausto.

¿Quiénes del mundo de la ficción?

El loco del Quijote, complementado con el sentido práctico de Sancho. Siempre

estamos divagando entre esas polaridades.

¿Su pintor preferido?

Salvador Dalí, Vincent Van Gogh, Eduardo Kingman, y Gonzalo Endara.

¿Cuál es la figura histórica que más detesta?

Los genocidas. Hitler, Mussolini, Stalin, etc.

¿Un hecho histórico que admire?

Aquellos definidos por la renunciación: cuando los líderes, que pudieron tenerlo todo, lo dejaron por el bien público.

¿Cómo le gustaría que sea su muerte?

Tranquilo.

¿Qué defectos le inspiran más indulgencia?

La ambición, porque me parece una ingenuidad, casi una estupidez. No debe confundirse con la realización.

¿Tiene un lema?

No te pierdas el presente.

Reseña



Braiding Legal Orders: Una antología sobre la trenza del derecho comparado

Por: Isabel Dávila Pereira¹

Braiding Legal Orders, o traducido al Español, *Trenzando Ordenamientos Jurídicos*, es una antología de escritos legales editado por John Borrows, Larry Chartrand, Oonagh E. Fitzgerald y Risa Schwartz. El libro es el resultado de un trabajo de años promocionado por el Centre for International Governance Innovation (CIGI), en el cual académicos indígenas y no indígenas han colaborado para considerar problemáticas relacionadas a los pueblos indígenas desde perspectivas legales domésticas, internacionales e indígenas. El objetivo del libro, como lo pone John Borrows, reconocido jurista indígena y profesor de la Universidad de Victoria en British Columbia – también recibió significativo apoyo en el 2017 para la vacante de ese entonces en la Corte Suprema Canadiense y se espera que llegué a ser el primer juez indígena de la Corte Suprema–, es explorar y reconcebir las relaciones entre el derecho internacional, las leyes de los Pueblos Indígenas y las narrativas constitucionales canadienses. Consecuentemente, el libro está dividido en tres partes que

reflejan dicho objetivo. La primera parte se escribe desde la perspectiva internacional, la segunda parte desde la perspectiva del derecho indígena, y finalmente la tercera parte desde la perspectiva del derecho doméstico. Con un total de 23 capítulos, *Braiding Legal Orders*, es espectacularmente vasto y contiene una diversidad de temas que demuestran la complejidad de la tarea que se han impuesto este grupo de autores. El libro discute temas de carácter filosófico-legal, como la legitimad del Estado, temas de igualdad interseccional – particularmente en su capítulo 6 donde analiza la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante ‘UNDRIP’, por sus siglas en inglés) desde una perspectiva de género –, y propone formas prácticas para implementar la UNDRIP. *Braiding Legal Orders*, es tal vez mejor descrito como un manual para la convivencia de los diferentes ordenamientos jurídicos que informan las discusiones planteadas. Si ese era su fin, lo hace de una manera excepcional, indudablemente delicada, precisa y

¹ Juris Doctor por la Osgoode Hall Law School en York University, estudió Derecho en la Universidad San Francisco de Quito. Publicó varios artículos, tales como: Google v. Equustek: Are Courts Behind the Digital Revolution?; Access to Abortion: An International Human Rights Perspective on Canadian Law. Actualmente trabaja en la firma Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP y forma parte de la organización Justicia y Responsabilidad Corporativa fundada en Toronto, Canadá.

que no busca establecer un estricto sistema de convivencia, sino abre las puertas a constantes preguntas y conversaciones entre las perspectivas que guían la organización de sus secciones.

Durante el primer mes de mis estudios en la Escuela de Derecho del Osgoode Hall Law School en Canadá, atendí a una charla sobre Derecho Constitucional Canadiense. En esta charla, naturalmente, una de las primeras discusiones fue respecto a las fuentes del derecho. Una diapositiva leía, “Constitution”, seguida por “Common law” y finalmente “Indigenous law”. Es la inclusión de la última categoría la que me sorprendió. No me pareció fuera de lo común. Después de todo venía de un país cuya Constitución reconocía la existencia de una jurisdicción indígena. Sin embargo, después de ya haber atendido a algunas de mis clases de Derecho Constitucional no comprendía del todo de donde venía la inclusión de tal categoría. La Constitución Canadiense está compuesta de dos documentos esenciales, el Acta Constitucional de 1867 que crea la federación y determina en mayor parte el funcionamiento del gobierno, y el Acta Constitucional de 1982, la cual es el resultado de dieciocho meses de luchas legales y políticas que permitieron al estado de Canadá modificar su constitución

sin la aprobación del Reino Unido y además incluye el documento principal de derechos humanos del país, la Carta de Derechos y Libertades. La Constitución de 1982 además en su artículo 35 reconoce y afirma los derechos de los pueblos indígenas preexistentes, así como aquellos encontrados en tratados realizados con la corona británica. Desde 1982 hasta la actualidad, sin embargo, ha sido un largo camino para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos reconocidos en la Constitución, el derecho internacional y sus propias tradiciones legales. El más desgarrador ejemplo de esto son las escuelas residenciales. Desde 1831 hasta 1996, el gobierno junto con la iglesia mantuvo, asistió y apoyó las escuelas residenciales, centros que pretendían “educar” y asimilar a la niñez indígena a la sociedad canadiense –a la fuerza y después de ser separados de sus padres–. Se estima que 150,000 niños y niñas pasaron por dicho sistema, y aproximadamente 6000 niños fallecieron –este último estimado a pesar de la inmensa falta de documentación disponible–. La última escuela cerró en 1996 y hasta el día de hoy el Acta India regula la vida de las personas indígenas en Canadá. Antes de empezar mi programa, ya conocía de esta historia. Y es por eso que tomé la inclusión del Derecho Indígena como una fuente de Derecho Canadiense de manera escéptica.

Después comprendería que dicha inclusión venía como resultado del reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas y su importancia en la existencia de un estado canadiense. La realidad es que la corona británica entró en un sin número de tratados con diferentes pueblos indígenas que aplican hasta el día de hoy en lo que ahora conocemos como Canadá y durante mucho tiempo el gobierno ha fallado en cumplir sus obligaciones bajo estos tratados. Por ejemplo, Canadá no reconoce el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado en cuestiones que afectan a sus vidas y sus medios de vida. Esto, a pesar de la inclusión del principio de soberanía en varios de los tratados y de la promesa del actual gobierno de implementar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la misma que incluye el reconocimiento de dicho derecho. En contraste, el Ecuador al igual que muchos otros estados de Latinoamérica reconocen este

derecho desde 1989 cuando ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Previó a estudiar el sistema Canadiense, pensaba –quizás de manera ingenua– que el reconocimiento de la jurisdicción indígena en la Constitución del 2008, así como la ratificación del Convenio 169 eran pasos y avances significativos y definitivos. Aún creo que son sumamente significativos, el derecho es una herramienta de progreso. Sin embargo, algo que me han enseñado mis años de estudio en este país y particularmente el libro *Braiding Legal Orders*, es que la igualdad de jure –o igualdad ante la ley– pierde toda fuerza cuando no existe la igualdad de facto –o igualdad sustantiva, aquella que existe en la realidad–. Es innegable que América Latina arrastra una deuda social de discriminación y falta de oportunidades con los pueblos indígenas. Esto continúa siendo cierto a pesar del reconocimiento legal de derechos como la consulta previa, el consentimiento libre e informado, la autodeterminación y la soberanía.

Braiding Legal Orders propone un paso adelante en la conversación entre la igualdad de jure y de facto, la convivencia entre el derecho doméstico, internacional e indígena y la soberanía de los pueblos indígenas. Desde su título,

este libro refleja el complejo trabajo que requiere la convivencia del derecho doméstico, internacional e indígena. Utilizando la metáfora de la trenza, como lo explica Borrows, el libro pretende demostrar que el proceso de poner en consonancia

al derecho internacional, doméstico e indígena no es un proceso lineal. Las vías en este camino legal pueden ser paralelas, pero también, al igual que en una trenza, pueden entrelazar y cruzar la una con la otra. Los pueblos indígenas, explica Borrows, no quieren ver sus propias leyes y procesos de tomas de decisión oscurecidos o extinguidos a través de su interacción con otros sistemas legales, pues aquellos hilos conteniendo el derecho indígena en esta conversación deben ser vibrantes, fuertes y se debe poder reconocer cuando interactúan, afectan o son influenciados por otras tradiciones legales. La metáfora de la trenza es una que acarrea un significado sumamente especial en *Braiding Legal Orders* por su relación con el significado de la trenza para muchas tradiciones indígenas, "A braid is a single object consisting of many fibres and separate strands; it does not gain its strength from any single fibre that runs its entire length, but from the many fibres woven together"². Desde que inicie mis estudios en Derecho, he estado fascinada con el derecho comparado. Muchas veces referido más como una disciplina o un método de análisis que como una rama del derecho en sí. *Braiding*

Legal Orders me recordó de las increíbles lecciones legales que se esconden detrás de este método y no hay una mejor descripción de este que aquella explicada por la metáfora de la trenza. Creo que a pesar de su enfoque en las relaciones de los pueblos indígenas originarios con lo que hoy en día es el estado de Canadá, los abogados y juristas ecuatorianos, sobretodo aquellos que ejercen la práctica de los derechos humanos no solo disfrutarían su lectura, si no también se beneficiarían del respeto y reconocimiento que *Braiding Legal Orders* le da al ordenamiento jurídico indígena. Un respeto que es necesario fomentar en la profesión legal y en la comunidad ecuatoriana en general. Tal vez, así como el libro propone una conversación entre las tres perspectivas resaltadas, la perspectiva legal y multi-jurisdiccional ecuatoriana se podría beneficiar de escuchar las propuestas detalladas en *Braiding Legal Orders*.

² "Una trenza es un solo objeto constituido por varias fibras y por filamentos separados; no obtiene su fuerza de una sola fibra que recorre su longitud entera, sino de las múltiples fibras que se tejen en una". Esta traducción es realizada por mí y no ha sido autorizada por ninguno de los autores.

Varieté



ENSAYO LITERARIO

El nuevo cuento ecuatoriano en las manos de sus autoras

Por: *Andrea Armijos Echeverría*¹

En el episodio 138 de *Hablemos Escritoras Podcast*, cuestionada sobre la fuerza de las autoras contemporáneas ecuatorianas, Daniela Alcívar Bellolio² comentaba: “Más que nunca en la historia literaria de este país, las escritoras nos cuidamos, nos leemos, escribimos sobre la obra de la otra (...). Y esto tiene que ver con todas las perspectivas que el feminismo nos ha abierto a nosotras”³. Esta expresión de una intención creativa y académica es la apertura más pertinente para un estudio introductorio de la escena de la narrativa breve en un país en el que la agenda por el interés, publicación, difusión y análisis de la literatura hecha por mujeres ha sido siempre limítrofe, pasada de lado o de plano, ignorada. Ecuador cuenta con una historia intensa y extensa de literatura escrita por mujeres. De hecho, saber que hay muchas, pero que se ha hablado tan

poco sobre ellas es la base de todo estudio que podría tomarse como “introductorio”. Esta es la apertura de un camino y de un diálogo que se ha empezado a germinar informalmente entre un lectorado cada vez más disidente, y poco uniforme. ¿Cuál es una posible radiografía de la escena de producción literaria de autoras en Ecuador en pleno siglo XXI?

En el estudio introductorio de la ya casi clásica “Antología de narradoras ecuatorianas” de 1997, Donoso Pareja intenta resumir la fuerza de una literatura que, según él, hasta entonces había sido limitada en calidad y cantidad⁴. Un dato peculiar anotado por Donoso Pareja tiene que ver con el número de autoras publicadas en todo el siglo XX: siete. Para 1994, ese número había crecido apenas en los últimos veinte años: dieciocho

¹ Estudiante de M.A/Ph.D. en Culturas y Literaturas Latinoamericanas y profesora de español en The Ohio State University, Estados Unidos. Licenciatura en Artes Liberales por la Universidad San Francisco de Quito, con especialización en Literatura e Historia del Arte. Tallerista de Escritura Creativa en la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Ha escrito y publicado ensayos y artículos en revistas nacionales e internacionales. Autora del libro de cuentos y prosas poéticas. Ha trabajado como docente de Lengua y Literatura y editora.

² Escritora y crítica literaria ecuatoriana (Guayaquil, 1982).

³ Daniela Alcívar Bellolio, entrevistada por Adriana Pacheco, “Episodio 138: Rompiendo Fronteras”, *Hablemos Escritoras Podcast* (julio 2020). <https://soundcloud.com/hablemosescritoras/episodio-138-rompiendo-fronteras-daniela-alcivar-bellolio>.

⁴ Miguel Donoso Pareja, *Antología de narradoras ecuatorianas* (Quito: Libresa), 17.

autoras. Esa tendencia entusiasta, sin embargo, no estuvo ni ha estado acompañada de un trabajo paralelo de crítica y análisis. En este ensayo, más que un problema de abundancia de obra, al menos hoy, consideramos que existe uno de deficiencia de difusión de la escritura de mujeres en los diversos campos en los que podría inscribirse una literatura siempre desafiante. La tendencia de crecer en números marcada por Donoso Pareja ha seguido desarrollándose y la última década, para Ecuador, supuso una verdadera revolución de las letras en manos de sus autoras. Desde la narrativa breve, la novela, la poesía, y el ensayo, mujeres nacidas entre la década de 1970 y 1990 han ido acumulando publicaciones certeras (nacionales e internacionales), premiaciones, nombramientos en listas, y reconocimientos por parte de la prensa especializada aquí y allá. Solo por nombrar, y resumir injustamente, algunos de esos nombres, se puede mencionar a Mónica Ojeda, Daniela Alcívar Bellolio, Gabriela Alemán, Natalia García Freire, Sabrina Duque, María Fernanda Ampuero, Carla Badillo Coronado, Sandra Araya, María Auxiliadora Balladares, Gabriela Ponce, Marcela Ribadeneira, y muchas más. Claro, hay una lista grande de predecesoras a las cuales todas ellas le deben el pasaje a la escritura por mucho tiempo vetada, la cadencia

de escribir siendo mujer pero no solo sobre ser mujer, y simplemente un espacio. El detalle es que estas autoras jóvenes han decidido no esperar a recibir una aprobación de parte del siempre ambiguo mundo crítico masculino que, por tanto años, las han visto desde afuera. A esto se refería Alcívar Bellolio con su intención citada anteriormente. La calidad y la cantidad, cuya carencia Pareja Donoso lamentaba, está. Falta leer y conversar. Compartir, difundir y criticar. En esa labor están ya inscritas las mismas autoras, y la lectura detenida de sus obras es un ejercicio muy necesario para empezar a pensar no solo en cantidad, sino en la intensidad contextual de una literatura que ya no puede nadie invisibilizar.

Hablar de literatura escrita por mujeres resulta un desafío desde la denominación. La “literatura femenina”, por un lado, actúa más como un tropo de la misma literatura que una categoría aceptable y abierta. Decía Elaine Showalter, fundadora de la ginocrítica y una de las “madres” de la crítica literaria feminista, que: “too many literary abstractions which claim to be universal have in fact described only male perceptions, experiences; and options, and have falsified the social and personal contexts in which literature is produced

and consumed”⁵. Esta perspectiva, compartida y desarrollada por otras como Nelly Richard y Luce Irigaray pone en evidencia una dinámica de subjetivación hecha desde la dominancia, desde la mirada masculina, para las mujeres que terminan siendo menos que sujetos: objetos. Este fenómeno aplicado, como con todo, sobre la literatura, sobre la crítica literaria, vuelve a las mujeres escritoras en objetos de producción de un texto específico: literatura femenina. La literatura femenina es un relato de género que predispone la lectura y la crítica, es por eso que a continuación se utilizarán los términos literatura de mujeres y escritura de mujeres para solo aludir al sexo de las autoras (que es independiente de su género), pero que expresa la unión de escrituras disidentes históricamente y que hoy, finalmente, tienen un espacio para ser reconocidas.

Con el impulso del movimiento de publicaciones de autoras en el Ecuador, salieron a la luz obras como las que serán aquí analizadas: *Antropofaguitas*⁶, *Para esta mañana diáfana*⁷, y *Golems*⁸. Libros de

cuentos completamente diferentes en sus propuestas temáticas y estilísticas, pero que son igualmente provocadores para la concepción de una literatura de mujeres, como al mismo subgénero del cuento. A través de estos tres textos, se pretende armar una revisión analítica y breve introducción al cuento contemporáneo escrito por mujeres en el país. La idea definitivamente no es apuntar semejanzas y diferencias, sino más bien resaltar cómo las coyunturas, pero sobre todo las aproximaciones diferentes, ponen en evidencia la fuerza del espacio de esta escritura.

Desde la diferencia, podemos, en primer lugar, apuntar que estas se tratan de escrituras sensitivas. Los cuentos de estos libros son historias que tocan la realidad sin tapujos, casi sin metáfora o símbolo, y por tanto las sensaciones que se crean abren una visualización muy clara, que, de hecho, se siente cercana. En *Cuatro instantáneas de un regreso a Quito*, por ejemplo, Alcívar Bellolio, escribe un instante de la visión de la ciudad: “La ciudad le pareció en ese momento diáfana e inmóvil; una brisa movía despacio unas hojas del piso y las

⁵ Elaine Showalter, “Toward a Feminist Poetics”, *The new feminist criticism: Essay on women, Literature and Theory* (Londrés: Virago, 1986).

⁶ Gabriela Ponce Padilla, *Antropofaguitas* (Quito, 2015).

⁷ Daniela Alcívar Bellolio, *Para esta mañana diáfana* (2016).

⁸ Marcela Ribadeneira, “Golems” (Quito: El Conejo, 2018).

arremolinaba a su alrededor. En algún lugar un pájaro chillaba despacio intentando, pensó ella, dar prueba de su existencia”⁹. Como en esta, las imágenes-instantes pululan estas historias y en ellas (muchas siendo sinestesias continuas y largas), la voz narrativa, y los personajes están muy cerca de la tierra y de los objetos, paisajes, ambientes que ven y de los que hablan. Un ejemplo clarísimo de esa sensibilidad está en la escritura aferrada y desgarradora de Gabriela Ponce. Uno de los cuentos de *Antropofaguitas* titulado *El Profesor de piano*, ocurre entre escenas de una observación casi microscópica de los dedos de un hombre tocando el piano para obsesionar a la narradora: “Sobre todo me conmueve lo que hace con el dedo gordo. El pulgar. El modo en el que el dedo gordo cae y al caer, al dejar la energía apretar la tecla, el dedo se desliza doblando y separando apenas las falanges, de un modo tan elegante que yo lo que quiero es lamerlo, despacio. Lamer el dedo. Elegantísimos sus dedos”¹⁰.

Muy de la mano con la abundancia y fuerza de las sensaciones está la configuración básica de las imágenes que se sienten. La imagen viva de estos cuentos, imagen que está y

se hace en sí misma, como para un “ver por ver”, parece estar enlazando dos de los tres niveles de descripción del relato propuestas por Barthes: el nivel de las acciones y el nivel de la narración. Las descripciones hechas en estos textos aparecen como las acciones fijas de un narrador omnisciente, personaje o testigo, sin necesariamente cargar un “discurso” detrás. Estamos hablando de un yo observador que se para, observa y describe, por ver. Aún en medio de la acción hay observación pura, muestra de esto es la narrativa de Ribadeneira, pues pasan cosas, y muchas, pero hay detenimiento y en eso, la acción se estanca con la narración para ver: “Ya sin sus gritos oí con claridad cómo las olas bañaban la playa, velos líquidos que los gránulos de sílice y cuarzo de la arena bebían una y otra vez. El agua era poco profunda y transparente”¹¹. Hablamos también de un yo orgánico que se descompone por la mirada y que es tanto estático como móvil. En *Las Islas*, citado anteriormente, pues, un asesino en serie que destroza cuerpos, paraliza su acción para narrar lo visto y así evocar en ese instante el panorama paisajístico en el que ocurre toda la acción. En general, hablamos de esas imágenes descritas en el momento y que atomizan la

⁹ Alcívar, “En cuatro instantáneas de un regreso a Quito”, *Para esta mañana diáfana*, 14.

¹⁰ Ponce, “El profesor de piano”, *Antropofaguitas*, 111.

¹¹ Ribadeneira, *Golems*, 86.

narración. A partir de esa imagen minúscula, la narración se direcciona a la acción, o a más observación. Justo como ocurre con *Feriado* de Daniela Alcívar, en el que la visualización extrema de la gota de agua que cae por un vaso inicia o precede la acción, el describir/escribir la imagen es una dinámica mediante la cual esa imagen no funciona metafóricamente, sino metonímicamente.

El detalle y la pequeñez son el tópico, el iniciador, la excusa, el fin o el fondo de estas historias. Con el precepto de un fin metonímico, nos referimos a unidades de tiempo y acción que toman una parte de la realidad: un vaso, un papel tapiz, una serie de fotografías en la pared; como el todo de esa misma unidad. Una parte como relato total. Esa pequeña parte es, de hecho, algo pequeño y mínimo, pero esencial. El *Tríptico de la madre* de Gabriela Ponce es un ejemplo perfecto de esta dinámica de “miniaturización” de las imágenes. El cuento narra la historia de una madre joven que se dirige a casa de su madre a recoger todas las fotografías que cuelgan en la pared pues esta se casa y se mudará pronto. En seguida, la narración convierte a los lectores en espectadores, y es imposible no ver con todo detalle y color cada foto:

En la siguiente foto, yo y mi mamá con trajes formales y pintalabios rojos. Asistiendo a algún matrimonio. Su pelo blanqueado y con rayitos negros. Sosteniendo un cigarrillo. Las manos regordetas repletas de anillos de oro. Yo con maquillaje en la cara. Con pelo corto y pintado de rubio. En esa foto no parezco yo. Lo han dicho todos los que la ven. Las tetas grandes estrujadas por la tela de la chaqueta tampoco son mías. Son parte de un sostén que traía unas colchonetas gigantes en su interior y que me regaló mi mamá, para que lo usara ese día. Lo único que reconozco mío es el prendedor que asoma en uno de los lados del blazer verde. Es un prendedor que tiene una piedra azul que brilla intensamente, Y que se me cayó en el carro del chico con el que me fui esa noche. Los dos sonreímos. Yo miro a la cámara. Ella no. Ella me mira a mí. Al descolgar la foto y darle la vuelta encuentro un número: 1993¹².

Ocurre aquí, y en cada foto narrada, un proceso de captación de la imagen en las palabras que después se vuelven imagen misma en la lectura, es un proceso casi guionizado porque el detalle hace ver la imagen entera, sin metáfora detrás, solo por ver. Es curioso que a través de esta dinámica, incluso cuando sí hay ánimo de comparación, aparecen símiles hechos también de elementos-imágenes que dejan ver las partes pequeñas de ese símil o metáfora, sin incurrir demasiado en lenguaje alegórico o simbólico. Ribadeneira usa mucho esto con imágenes duales como: persona-esponja, persona-recipiente, zombies coágulo, pétalos-labio.

Al ser la observación y la miniaturización dos de las bases formales que guían estas escrituras, es necesario poner ahora atención al fondo de ellas. Las escrituras del yo, desde la teoría literaria francesa

¹² Ponce, “Tríptico de la madre”, *Antropofaguitas*, 227.

contemporánea, apuntan a una literatura aun indefinida, pero que reúne ciertas condiciones para no ser autobiografía, ni tampoco pura ficción. Alberto Giordano ha usado el término “giro autobiográfico” para denominar ese prominente espacio liminal entre literatura e intimidad. Dice Giordano que: “no es a partir de la extensión de los temas (mayor, menor o mínima, ya sea que comprometan las esferas pública, privada o íntima), sino a partir de la intensidad con que la escritura sobre cualquier tema imagina posibilidades de vida que hay que pensar el nervio político de las experiencias literarias”¹³. Escribir sobre el yo no es un simple relato de vida, por tanto, sino una indagación “antinatural” de esa misma vida y sus partes, una reflexión consciente de esas partes que pueden ser los átomos de anécdotas en los que la división entre ficción y vida (realidad) se difumina. Los móviles de estas escrituras son variados: apología, testimonio, refugio, venganza, desahogo, o por mera intención diegética. Y como hemos mencionado antes, estas intenciones pueden estar plagadas de temas que abordan lo más íntimo: conocer a un anciano parlanchín mientras se espera por recibir un aborto en *Malamierda Barrionuevo y su balsa Margarita*

de Ponce; hasta lo más metaliterario vuelto cotidianidad: una pareja que explora las inseguridades de su propia relación mientras intentan crear vida usando aguacates en *Golems* de Ribadeneira.

Hay que reiterar: encontrar estas escrituras inscritas en lo personal, cotidiano, lo yoico, o dando un “giro autobiográfico” de diferentes intensidades, no implica una uniformidad en la aplicación de ese espectro. Alcívar Bellolio, por un lado, configura un yo que se descompone y que divaga abiertamente en cada texto, casi siempre desde la primera persona, o en la combinación de narradores: “Yo miraba la amplitud del mar hacia el horizonte, y me preguntaba qué se sentiría sobrevolar, como las aves, una extensión como esa”¹⁴. Ribadeneira utiliza un yo más ambientado a un estilo de crónica periodística o de testimonio crudo, es un yo versátil y duro, pero también uno honesto y sensible: “Dejarnos así, libres para deambular por lo que creo que eran algunos días, quizá tenía como objetivo analizar lo que hacíamos cuando había pequeñas concentraciones de nosotros en un ambiente estéril. No sé. Es lo único que puedo imaginar que tiene algo

¹³ Alberto Giordano, *El giro autobiográfico de la literatura argentina actual*. (Buenos Aires: Mansalva, 2008) 12.

¹⁴ Alcívar, “En boca del cielo”, 51.

de sentido”¹⁵. Finalmente Ponce habla desde un yo completamente íntimo, a veces epistolar y de diario, pero desinhibido. Es un yo que hace evidente su miedo, pero también su deseo, sus manías e impulsos en una misma historia:

Tengo 33 años. La Ine se quedó a dormir conmigo. Lloré dos veces. La primera cuando le conté sobre el viaje a la playa en el que dormí con mi papá por primera vez. Mi papá estaba puesto solo unos calzoncillos color caqui y me impresionó la palidez de sus piernas y el pequeño bulto que hacía su pene ajustado por la tela del calzoncillo. Tenía 10 años¹⁶.

Para escribir sobre el yo, por lo tanto, hay infinitas posibilidades de enmarcación de la experiencia. Pero algunas tienen un poder expositivo particular en estas escrituras, desde sus diferentes propuestas. En el artículo breve *Las mujeres y la literatura ecuatoriana*, Polit expone la posibilidad, e incluso, necesidad, de hablar de aquello que traza líneas de enlace entre las literaturas de mujeres, más allá de una definición limitante:

Si algo distingue a la literatura escrita por mujeres, no es que sea esencialmente una literatura distinta, sino que la mayoría de veces enfatiza, muestra, crea situaciones que echan luz sobre la particular experiencia de las mujeres. Una experiencia que no está esencialmente determinada, es socialmente construida en relación al mundo, al entorno, a otras mujeres y, por supuesto, a las mujeres y a los hombres. Si algo la define, es un régimen de poder que no escapa a las propuestas estéticas, y que pone a las mujeres en desventaja. Es decir, no es lo literario –que no puede diferenciarse de la historia misma– sino un lenguaje que da cuenta de una realidad no canonizada¹⁷.

De ahí que podamos reunir algunos espacios de expresión comunes. Estas escrituras son sinceras, se cuenta lo que hay. El canon de la literatura latinoamericana, además de ser preponderantemente masculino, se compone de una literatura sobre grandes cosas, grandes arcos dramáticos, mundos completos creados para la ficción. Alcívar Bellolio ha reconocido que en la intención de crear una literatura de las pequeñas cosas, de lo irrelevante, su escritura se ha separado completamente de esa tradición agigantada. Las autoras cuentan lo que está frente a ellas, lo que conocen, lo que les ha dolido, lo que temen, lo que aman y odian. Al ser el, o uno de los objetos de escritura, el mismo yo, hay una búsqueda de “identidad” o auto indagación que refiere a diversas experiencias personales e interioridades íntimas.

Una de las situaciones, elementos o temas en las que actúa la sinceridad como dispositivo narrativo es la soledad y el miedo. La soledad no es siempre una sensación narrada como negativa, sino desde su particularidad, como oportunidad, y sobre todo como espacio de habitación y desarrollo del yo. En *Feriado* de Daniela Alcívar tenemos a una mujer transitando la

¹⁵ Ribadeneira, “Perros de Chernóbil”, 31.

¹⁶ Ponce, “Diario de una nadadora”, 17.

¹⁷ Gabriela Polit Dueñas, “Las mujeres y la literatura ecuatoriana”. *Literal Magazine* (2018). <https://literalmagazine.com/las-mujeres-y-la-literatura-ecuatoriana/>.

ciudad desolada, observando el detalle de su arquitectura perenne y su cielo a punto de estallar. Las reflexiones sobre la vacuidad de una ciudad normalmente convulsa no denotan pesadez, sino la nitidez no siempre vista de un espacio sin personas, sin ruido y sin movimiento. Por otro lado, varias de estas escenas de soledad son estampas contrastantes de la compañía. Las escenas de reuniones, de estar con amigos vienen seguidas de las escenas en solitario en las que es posible sentir y oír al personaje con más fuerza que estando en compañía. Son dinámicas distintas que permiten exponer la fuerza de la interioridad de esos personajes o narradores. La soledad en medio de la multitud es otra forma de experimentar la soledad. En *Perros de Chernóbil o Golems* de Marcela Ribadeneira, vemos que los personajes principales nunca están solas, pero en constante aislamiento por no ser entendidas, apoyadas o seguidas. Esa falta de reconocimiento de necesidades es un problema, un dolor que las mueve: “Ella también caía sobre la cama, igual de inerte, cuando Fausto la abordaba de sorpresa y se lanzaba encima suyo y la tocaba torpemente, sin preámbulo, de todas las maneras que endurecían y enfriaban sus músculos, que la hacían sentir como un pedazo de nada que

era devorado sin hambre, solo por costumbre”¹⁸.

El abandono, la muerte o el alejamiento son formas en las que los personajes se aíslan y quedan solas y solos. Mientras que el miedo a la soledad, al olvido, a la grandeza, a lo desconocido, al cambio, al ataque, a la muerte, al dolor ocurren a grandes rasgos, pero sutilmente a lo largo de las historias. *Diario de una nadadora* de Gabriela Ponce, por ejemplo, es un testimonio del miedo que se extiende en cada entrada, que se amilana de vez en cuando, pero que nunca desaparece y más bien se somatiza, explota y se oculta. Es fácil ver la naturalidad del miedo y sus formas de ser expresado, tampoco es una emoción presentada negativamente, sino como normal, real y asimilable. Es humano.

La soledad y el miedo pueden estar sueltos en el ambiente narrativo, como también asidos a cuerpos que los sienten y los expresan. Las corporalidades y la relación del yo con el sexo y la sexualidad tienen mucha fuerza en estos relatos. Los que vemos son cuerpos presentes y móviles que albergan las interioridades que son parte de la observación y de la sensibilidad que hemos explorado anteriormente. Empezando por los

¹⁸ Ribadeneira, *Golems*, 73.

ojos, hacia las bocas, los dedos, los pupos, los estómagos, las vaginas, los clítoris, los penes, los anos, las piernas o los tobillos, la misma miniaturización que aborda casi la totalidad de las narraciones actúa a la vez sobre los cuerpos que están siempre en acción y movimiento. Los cuentos de Gabriela Ponce son activamente sexuales, hay una exploración enérgica del sexo practicado de muchas formas, en muchos espacios y momentos. Es una exploración honesta y palpable. Aunque los cuentos de *Para esta mañana diáfana* de Daniela Alcívar no exploren tanto la sexualidad, su narrativa larga sí lo hace, y es una exploración también muy viva. Reconocer el sexo fuera del erotismo, más bien dentro de la experiencia física, a veces imperfecta, fea, grotesca, placentera que es, es parte de la sinceridad de las escrituras del yo. Los cuentos de Ribadeneira permiten observar cuerpos también activos, pero sobre todo, cuerpos en el proceso de dejar de vivir. La sexualidad en ellos son instancias de vida de unos cuerpos que pronto son acribillados, despedazados, mutilados, arrojados y olvidados. Cuerpo y sexo, vida y muerte se entretajan en un área de funcionamiento procesal muy dinámica y coherente, pero también abrupta y cruda.

Estas pautas son muy generales y muy mínimas frente a todo lo que

puede desencadenar un “análisis” de una literatura que parte y se hace de la irreverencia. Esta fuerza que condiciona irreversiblemente estas escrituras es la consecuencia de preguntarnos ¿sobre qué y cómo se puede escribir? Hay una carga, de la que habla Polit, y que está impresa en la vida diaria de una mujer que quiere escribir en un país como este. No significa que una se diga a sí misma: “voy a escribir hoy sobre ser mujer siendo mujer porque soy mujer”. Sin temas asimilables, apenas campos temáticos dentro de los cuales cada escritura desenvuelve tópicos a su manera, los conceptos clásicos y arcaicos de literatura/escritura femenina se vuelven completamente inútiles. No existe un paraguas temático para hacer calzar estos cuentos, más bien grandes temas universales son adaptados a lo personal, a una óptica totalmente única y la observación sin fin literario es de por sí una contravención al quehacer literario clásico. De hecho, la observación sin fin de la tontería, de lo ínfimo y el fin del cuento en el que “no pasa nada” son también irreverentes frente a dispositivos como la trama lineal, la moraleja, el *knock-out* o la sorpresa final. Estos no son cuentos para animar decálogos, sino para animar lecturas y diálogos. La divagación abierta de “estilos”, el juego entre ellos, el multiformato que invita

otras disciplinas y artes responden a la limitación de la estructura del cuento. Es de esta forma que el lenguaje, el tema, el narrador, el espacio, los personajes, el tono y la intención hacen convulsa una imagen de muchas formas, colores y partes que explota, realmente explota, frente al lector-espectador. Como apunta Daniela en la ficción

de *Dos veranos*, estos cuentos parecen estar siempre “guardando el lenguaje en un pliegue interior hecho solo para las cosas inútiles, callando todo lo que no sea esencial, es decir, todo”¹⁹. Y eso está pasando ahora. Vamos a leer cosas inútiles para hablar de cosas inútiles. Las que nos pasan y duelen todos los días.

Bibliografía:

Alcívar Bellolio, Daniela. Entrevistada por Adriana Pacheco. Episodio 138: *Rompiendo Fronteras*, Hablemos Escritoras Podcast. Julio de 2020.

———. *Para esta mañana diáfana*. Quito: Ruido Blanco, 2016.

Barthes, Roland. “Introducción al análisis estructural de los relatos”. En *Análisis estructural del relato*, de Eliseo Verón. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1970.

Giordano, Alberto. *El giro autobiográfico de la literatura argentina actual*. Buenos Aires: Mansalva, 2008.

Pareja, Miguel Donoso. “Estudio introductorio”. En *Antología de narradoras ecuatorianas*, 7-41. Quito: Libresa, 1997.

Polit, Gabriela. “Las mujeres y la literatura ecuatoriana”. *Literal Magazine*, 2018.

Ponce, Gabriela. *Antropofaguitas*. Quito: Ministerio de Cultura y Patrimonio, 2015.

Ribadeneira, Marcela. *Golems*. Quito: Editorial El Conejo, 2018.

Richard, Nelly. “¿Tiene sexo la escritura?”. *Debate Feminista*, Vol. 9, marzo 1994: 127-139.

Showalter, Elaine. *A Literature of their Own*. Princeton: Princeton University Press, 1977.

———. “Toward a Feminist poetics”. En *Women Writing and Writing about Women*, de Mary Jacobus, 22-41. New York: Routledge, 2012.

¹⁹ Alcívar, “Dos Veranos”, 32.

CRÍTICA DE CINE

Retablo: Rebeldía ante la incomodidad

Por: Jorge Andrés Bayas¹

“Yo, que vengo más que otros de la nada, a causa de mi orfandad, ya estaba advertido desde el principio contra esa apariencia de compañía que es una familia”.

Juan José Saer, *El entenado*



En *Kafka, una filosofía de la libertad*, el ensayista español José María Ridao refiere, una vez más en la historia de la crítica, el caso del más conocido entre los personajes kafkianos: Gregor Samsa. Según Ridao, el problema más severo para Gregor no reside en las incomodidades fisiológicas y prácticas que impone su condición de insecto, sino en la forma en que ésta lo va condenando a “una pavorosa soledad sin redención”². Incluso ante los seres que, frente al

rechazo exterior, deberían constituirse como un último reducto de pertenencia a la sociedad: su familia.

Es inevitable pensar en la más conocida parábola kafkiana después de ver *Retablo*, la cinta del director peruano Álvaro Delgado Aparicio. Ambientada en una comunidad indígena, *Retablo* es la historia de una familia, pero, sobre todo, es la historia de una elección, frente a las convenciones sociales que constriñen el alcance de las libertades individuales.

La trama podría resumirse en las líneas que siguen. Noé es un artesano de mediana edad que, para mantener a los suyos, dedica su tiempo a la elaboración de retablos.

¹ Realizó estudios de periodismo. Posteriormente fue alumno de la maestría en Estudios de la Cultura en la Universidad Andina Simón Bolívar, de la que se graduó con la tesis *Violencia, arte y política en Tríptico de la infamia, de Pablo Montoya Campuzano*. Ha trabajado como editor y periodista cultural.

² José María Ridao, *Kafka, una filosofía de la libertad*. Quito (Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), 16.

En ellos, como si fuese una suerte de cámara de fotos viviente, captura los detalles físicos más insignificantes de las familias a las que retrata. No deja al azar minucias como el vello facial y los colores de las prendas que los retratados llevaban el día de su visita.

Su hijo, Segundo, parece destinado a ser su sucesor y todos los días lo acompaña a sus labores para aprender el oficio. Padre e hijo parecen llevarse muy bien, hasta el punto de que Segundo está orgulloso tanto del esfuerzo de su padre como de la importancia del trabajo que realiza. Ello lo lleva a defender esta ocupación frente a las burlas de su vecino y mejor amigo, Mardonio.

Y es que, a fin de cuentas, Noé es un personaje estimado dentro de la comunidad. La admiración que le profesan procede de su esfuerzo diario, de los resultados apreciables de su labor y de su imagen de padre de familia ejemplar. Pero, si algo nos han enseñado algunas de las grandes historias trágicas presentes en el devenir humano, es que una reputación labrada con afán podría derrumbarse en cualquier momento.

En la película, uno de los indicios que permiten suponer que, en cualquier momento, podría ocurrir una desdicha está contenido en la

escena en la que Noé conversa con otro habitante de la localidad, Timoteo, mientras una turba iracunda lincha a un presunto ladrón atado a un poste de madera.

Timoteo explica que, aun si se ha escondido en un cerro, al criminal, que ha sido capturado por robar una vaca, le será aplicada la justicia correspondiente. La conversación es de lo más cotidiana. La tensión no se percibe en ella de manera explícita. Pero hay algo en las expresiones de Noé que permite suponer que en el ambiente flota, veladamente, algo que no se ha dicho.

Quien descubre de qué se trata es, por desgracia, Segundo, mientras viaja en el balde de la camioneta de un extraño que transporta a él y a su padre hacia el sitio en el que éste deberá cumplir con su siguiente encargo. Suponiendo a su hijo dormido y con la visibilidad parcialmente cubierta por unas tablas y el retablo que llevaban con ellos en ese momento, Noé se entrega a su libertad sexual en la cabina delantera de la camioneta.

Segundo contempla estupefacto la escena, pero se domina y guarda silencio. El descubrimiento de la homosexualidad de su padre lo golpea de una forma notoria. Le cuesta concentrarse y comer. No atiende a

sus obligaciones cotidianas y contesta con rudeza a su madre, Anatolia. Sin embargo, no se revela nada de lo ocurrido.

No se queda callado solamente a causa del estupor y de la desconfianza hacia su padre. Lo hace, también, porque, en el día a día, la sociedad que lo rodea lo va empujando, inevitablemente, al mutismo.

El machismo violento que contempla, en las peleas entre adolescentes, en los enfrentamientos públicos destinados al entretenimiento y en los comentarios procaces de Mardonio, lo empujan hacia la duda. Quizá comprende el peligro subyacente. Incluso si no ha dejado de querer y respetar a su padre, ¿cómo hacer para apoyarlo en una sociedad patriarcal y prejuiciosa en la que el tema de la orientación sexual es un tabú?

Segundo ha entrado en una especie de limbo en el que la duda bloquea toda acción posible. Pero este limbo no dura mucho. Pronto, la sociedad descubre el secreto de Noé y lo castiga físicamente con brutalidad, colocándolo al borde de la muerte. Su familia intenta buscar ayuda, pero los demás le han cerrado ya las puertas. Incluyendo, poco más tarde a su propia familia, la cual, por

la reputación manchada de Noé, ha caído también en desgracia.

Ante la presión social, Anatolia se limita a abandonar a su marido en medio de su agonía. Es entonces cuando Segundo, en un acto de libertad y rebeldía, decide finalmente romper con ese cerco que se ha instalado alrededor de su padre.

No sabemos si lo hace sobrecogido por la crueldad del ostracismo que le han impuesto a Noé, o por el profundo amor filial que los une, pero opta por cuidarlo en sus últimas horas, e incluso se ofrece a hacer su trabajo y defenderlo públicamente de las burlas que han empezado a aflorar. A diferencia de la familia de Gregor Samsa, Segundo se interesa genuinamente por su padre, más allá del prestigio y la utilidad — cualidades que éste ha perdido—, y desafía a la sociedad, aunque eso signifique enfrentarla desde su precaria condición de adolescente desamparado.

La soledad más absoluta

En el idílico, pero a la vez inquietante y precario, microcosmos de *Retablo*, la actitud de la comunidad respecto a Noé es implacable e indolente. Dejan al herido a su suerte, sin ningún resquemor de por medio.

Prefieren verlo morir a causa de lo que juzgan como un acto moralmente imperdonable que intentar comprenderlo. Algo que nos lleva a la reflexión de Judith Butler, acerca de las vidas que son “merecedoras de duelo”³.

Si aplicamos el análisis de la filósofa estadounidense, Noé está indefenso ante la mirada de un colectivo que ha resuelto olvidarlo y no le ofrecerá la misma posibilidad de redención y seguridad que a otras víctimas que no hayan trasgredido los límites morales implícitos.

Su único apoyo es Segundo. Pero el poder de éste es limitado, casi inexistente. No puede proteger a su padre del escarnio ni salvarle la vida. No es capaz de hacer otra cosa que acompañarlo en sus horas postreras y llorarlo en la soledad más absoluta.

Simbolismo y cinematografía

Si *Retablo* destaca por la profundidad del análisis social que despliega, no es menos cierto que lo hace por medio de recursos empleados con bastante tino por parte de Delgado.

En primer lugar, está la fotografía. Como bien lo señala la crítica Fernanda Solórzano, la cinta destaca por el uso de los encuadres, que parecen semejar una escena vista a través de los bordes de un retablo⁴. Lo que provoca el efecto de que los destinos de los personajes parezcan estar gobernados por fuerzas sociales que no pueden controlar y que piden a los individuos una sujeción estricta a las normas implícitas, para permanecer como seres modélicos y evitar el riesgo de descender por un agujero perenne de deshonor.

El segundo recurso es la lengua. El uso del quechua como lengua de conversación casi exclusiva le otorga a la película una novedad bastante atractiva. Ahí radica, en parte, su universalidad. Que los personajes no hablen, de forma artificial, un idioma destinado a conquistar los mercados exteriores ofrece un freno al exotismo. Y, al mismo tiempo, otorga una dimensión más cotidiana a los hechos. Tanto a los diálogos llevados a cabo, con alegría, en los momentos más amables, como a aquéllos que pertenecen a los instantes más angustiosos de la trama.

³ Judith Butler, *Deshacer el género*, (Barcelona:Paidós, 2006), 44.

⁴ Fernanda Solórzano, “Cine aparte-retablo”. (México: Letras Libres, 2020). <https://www.letraslibres.com/mexico/cinetv/cine-aparte-retablo> (Consultado el 02-10-2020).

Y es que, si algo caracteriza a algunas de las grandes obras de la historia del arte, es esa cualidad de introducir el conflicto con suavidad, dejando que nos sumerjamos en una dimensión cotidiana que, irremediablemente, está destinada a resquebrajarse. Y si bien *Retablo* puede brindarnos, por momentos, un desarrollo demasiado simétrico, con el objetivo de que el conflicto sea advertido con facilidad por el espectador, no podemos evitar el sobrecogimiento ante la fuerza de su tragedia. Después de todo, como una vez le dijo Borges a Bioy Casares, acerca de *Wakefield*, “todo hombre está más cerca de lo que imagina de convertirse en un paria”⁵.

⁵ Adolfo Bioy Casares, *Borges* (Barcelona: BackList, 2010), 382.

POESÍA

Por: Ángel Oleas¹

Ruta del Mediterráneo

Noventa manos se extienden,
manos de arados, de lápices, de caricias,
Tratando de aferrarse al sol
Crispadas, buscando una nube
Donde anclar sus latidos

Noventa manos con uñas
Dispuestas a arar su tierra
Otras tierras, cualquier tierra

Sus cuerpos llenos de ganas

Noventa manos con huesos
Ansiosas de cantar sus historias
Otras historias, cualquier historia

Sus mentes llenas de versos

Un campesino ha muerto ahogado
Un poeta ha muerto ahogado

Las bocas bien abiertas, sin gritos
Los ojos bien abiertos, sin lágrimas
Las manos bien abiertas, sin vida

Ya estarán arando el fondo del mar
Ya estarán recitando al fondo del mar

¹ Bibliotecario con 30 años de ejercicio profesional, 16 de ellos ha colaborado en la Biblioteca de la Corte Constitucional. Entre otros temas, le apasionan la historia del libro y las bibliotecas, el teatro, la fotografía, la filatelia, y la poesía.

Solo manos

Miles de manos como raíces al cielo
sin dueño, sin rostro, sin tiempo.

Sembradas en todas las aguas
atoradas, para siempre, en las orillas de la nada
azuladas, rasgando las olas
señalando a los dioses, apuntándolos
inmóviles, inamovibles
repletas de nombres tatuados en sus pliegues
manos, manos, solo manos



Colaboradores



Gandhi Vela Vargas:

(Quito, 1985) Legum Master (LL.M.) por la Freie Universität Berlin, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ha participado en la edición de UN-Forum (2016-2018). Actualmente es Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador y ejerce la Docencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Miguel Molina Díaz:

(Quito, 1992) Es Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Estudió su Master of Fine Arts (MFA) en Escritura Creativa en Español en la Universidad de Nueva York (NYU). Entre otros medios, ha trabajado para La Hora, El Comercio, La República, y Mundo Diners. Ha recibido Mención de Honor en el Premio de Excelencia Periodística 2017 de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), categoría Opinión. En 2017 publicó su poemario *Postales* (Jaguar Editorial), ha publicado cuentos en antologías y ensayos literarios, políticos y jurídicos en libros colectivos y revistas. Actualmente es columnista de El Universo, profesor de la Universidad de Las Américas, y Coordinador Técnico de Difusión del CEDEC de la Corte Constitucional.

Byron Villagómez Moncayo:

(Quito, 1985) Doctor (PhD) en Criminología por las Universidades de Utrecht (Países Bajos) y Hamburgo (Alemania), Máster en Criminología y Justicia Penal por la Universidad de Maryland – College Park (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Autor de varias publicaciones, entre ellas: How criminal courts blend punitive ends with immigration control aims: The decision-making process of the discretionary prosecution provision to authorise an administrative expulsion (2020); The punitive meanings of immigration control: The Spanish case (2019); Immigration detention in Spain: Law acting as a gatekeeper amidst bureaucratic justice (2016). Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.linkedin.com/in/byron-villag%C3%B3mez-moncayo-895b6a75/>

Rubén Calle Idrovo:

(Gualaquiza, 1977) Master Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, Especialista en Derecho Constitucional en la Universidad del Azuay, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad de Cuenca. En el 2014 recibió el premio extraordinario de fin de estudios de la Universidad de Sevilla. Autor de varias publicaciones, tales como: El Mecanismo de Tutela Constitucional en las relaciones sociales. La acción de protección entre particulares; La interculturalidad como parámetro interpretativo en los delitos culturalmente motivados en Ecuador y Perú; El Mecanismo de Tutela Constitucional en las relaciones sociales. La acción de protección entre particulares. Es también investigador acreditado por la SENESCYT. Twitter: @RubnCalle

Valeria Nathalie Garrido Salas:

(Quito, 1996) Licenciada Multilingüe en Negocios y Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ha colaborado en proyectos de investigación en temas de política exterior, trabajo doméstico, género, derecho internacional y derecho constitucional. Se desempeñó como miembro del Consejo de la Facultad de Comunicación Lingüística y Literatura. Ganó la V

edición del International Business Challenge organizado por la PUCE. Además, ha participado en varias ediciones del MUNLEAL y eventos académicos organizados por la Universidad de las Américas y la Universidad de las Fuerzas Armadas. <https://www.linkedin.com/in/valeria-garrido-71b80417b/>

Sebastián López Hidalgo:

(Cuenca, 1979) Doctor, Ph.D. en Derecho-Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; Doctor Ph.D. en Derecho-Universidad de Sevilla-España; Docente investigador de la Universidad del Azuay y profesor titular de la cátedra de Derecho Constitucional; Profesor contratado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Correo electrónico: sebaslopezhidalgo@yahoo.com

Isabel Dávila Pereira:

(Loja, 1994) Juris Doctor por la Osgoode Hall Law School en York University, estudió Derecho en la Universidad San Francisco de Quito. Ha publicado varios artículos, tales como: Google v Equustek: Are Courts Behind the Digital Revolution?; Access to Abortion: An International Human Rights Perspective on Canadian Law; Despachos: Conferencia de estudiantes de Derecho Internacional canadiense 2018; Panel 1: Rethinking Defamation Law: The Setting for Reform; Broad support for new Canada climate law in upcoming Ford judicial challenge. Actualmente trabaja en la firma Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP en Toronto, Canadá y forma parte de la organización Justicia y Responsabilidad Corporativa fundada en Toronto, Canadá.

Andrea Armijos Echeverría:

(Quito, 1996) Estudiante de M.A/Ph.D. en Culturas y Literaturas Latinoamericanas y profesora de español en The Ohio State University, Estados Unidos. Licenciatura en Artes Liberales por la Universidad San Francisco de Quito, con especialización en Literatura e Historia del Arte. Segundo lugar en el concurso de Cuento y Caricatura Feriado Bancario (Ministerio de Cultura, 2013). Tallerista de Escritura Creativa en la Casa de la Cultura Ecuatoriana (2013-2015). Ganadora del concurso-beca de relato Interpretatio 2013 de la USFQ. Ganadora del Lucha Libro Quito 2016. Ha escrito y publicado ensayos y artículos en revistas nacionales e internacionales. Autora del libro de cuentos y prosas poéticas "Cómo tratan las mujeres a sus peces dorados". Antologada en "Despertar de la Hydra: Antología del nuevo cuento ecuatoriano", en "Señorita Satán: nuevas narradoras ecuatorianas" y "Ecuador en corto: antología de relatos ecuatorianos actuales". Ha trabajado como docente de Lengua y Literatura y editora. Blog: <https://andreaarmijosech.wordpress.com/>

Andrés Bayas Lituma:

(Quito, 1992) Realizó estudios de periodismo. Posteriormente fue alumno de la maestría en Estudios de la Cultura en la Universidad Andina Simón Bolívar, de la que se graduó con la tesis *Violencia, arte y política en Tríptico de la infamia, de Pablo Montoya Campuzano*. Ha trabajado como editor y periodista cultural.

Ángel Oleas:

(Latacunga, 1964) Es un bibliotecario con 30 años de ejercicio profesional, 16 de ellos ha contribuido en la Biblioteca de la Corte Constitucional. Le apasionan diversos temas, principalmente, la historia del libro y las bibliotecas, el teatro, la fotografía, la filatelia, y la poesía.



Síguenos en nuestros canales digitales:

@/cedececuador (Twitter)

@CedecEcuador · Derecho (Facebook)

CEDEC Corte Constitucional del Ecuador (Youtube)

Quito: José Tamayo E10-25 y Lizardo García

Tel.: 9593-20 3941800

Escríbenos a: info.cedec@cce.gob.ec