

CEDEC

# IUS Constitutionale

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segundo número

e-ISSN: 2773-7594



**IUS CONSTITUTIONALE, Revista de Derecho Constitucional [recurso electrónico]:** Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-- No. 2 (may.-ago. 2021)- . -- Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2021.

268 p.

Cuatrimestral

e-ISSN: 2773-7594

Enlace a la revista:

[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n2\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n2_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

Catalogación en la fuente: Biblioteca Luis Verdesoto Salgado. Corte Constitucional del Ecuador

## 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

Corrección de estilo

Cristina Pazmiño Carrera

Diseño y Diagramación

Dirección Nacional de Comunicación

## Corte Constitucional del Ecuador

José Tamayo E10-25 y Lizardo García

(02) 3941800

Quito-Ecuador

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

## COMITÉ EDITORIAL

Byron Villagómez Moncayo

Rubén Calle Idrovo

Miguel Molina Díaz

Cristina Pazmiño Carrera

Valeria Garrido Salas

Gandhi Vela Vargas

---

<b>Presentación</b> .....	8
<b>REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES</b>	
<b>ENSAYOS JURÍDICOS</b>	
Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto”. Por Emilio Suárez Salazar .....	11
El desarrollo pretoriano de la consulta prelegislativa en el Ecuador. Por Karina Tello Toral y Karla Cárdenas Bahamonte.....	25
La unidad jurisdiccional: su relación con la independencia judicial y las acciones constitucionales. Por Esteban Polo Pazmiño.....	45
<b>INVESTIGACIÓN</b>	
1. Control constitucional del estado de excepción en el contexto de la COVID-19.....	70
2. La protección de datos personales en entornos digitales: Análisis de la sentencia 2064-14-EP/21 .....	100
3. La reciente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el precedente judicial.....	117
4. El proceso de ratificación del Convenio 190 de la OIT y la obligación de prevenir, erradicar y sancionar el acoso laboral y garantizar los derechos de la mujer.....	131
5. La despenalización del aborto en casos de violación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.....	148
<b>RESEÑAS</b>	
Reelección presidencial y democracia: La evasión de los límites constitucionales. Por Ariana Tapia Sánchez y Doménica Lara Andrade.....	184
Financiar la Constitución. Por Pamela Escudero Soliz .....	188
<b>ENTREVISTAS</b>	
Daniela Salazar Marín: “El coraje sí que es un requisito de la descripción de funciones para ser jueza o juez” .....	192
Alí Lozada Prado: “La independencia es lo que hace que tenga legitimidad el ser juez, que tenga sentido” .....	199

---

---

Carmen Corral Ponce: "Si bien el juez debe ser objetivo, también tiene que ponerle el alma al caso que está resolviendo" .....	205
<b>VARIETÉ</b>	
<b>COLUMNA</b>	
La Chica Hiedra. Por Susana Vaca .....	211
<b>ENSAYO</b>	
La princesa Mononoke y la cuestión criminal. Por Washington Calderón Sánchez.....	213
El derecho en Kafka: una muestra de redención. Por David Castillo Aguirre y Damián Granda Vélez.....	227
Vidyā: la jornada lexicográfica de una definición errónea. Por María Helena Barrera-Agarwal .....	237
<b>POESÍA</b>	
Muestra de poesía. Por Micaela Paredes Barraza .....	246
Noche adentro	
Todavía	
Fábula primera	
Cernuda desoído	
Quimera	
Adiós a Ítaca	
A partir de un sueño de Pedro Lastra	
El peso de otra isla	
Milonga solitaria	
<b>FOTOGRAFÍA</b>	
Muestra fotográfica. Por Efrén Guerrero.....	254
<b>COLABORADORES</b> .....	262

---

# PRESENTACIÓN

Pocos deberes son tan trascendentales en la vida institucional de una nación como administrar la justicia constitucional, es decir, ser un verdadero guardián de la Constitución. Se trata de una responsabilidad fundamental para fortalecer la institucionalidad democrática del país, salvaguardar derechos y garantizarlos. Por disposición legal, la Corte, a través del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), tiene la misión de fomentar la investigación jurídica en las áreas de teoría del derecho, derecho constitucional ecuatoriano, derecho constitucional comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional ecuatoriano, entre otras. Este aspecto es esencial porque el Derecho Constitucional no debe ser percibido de manera elemental, pues no se agota en la exégesis del texto constitucional. Por el contrario, se compone de múltiples aristas: se relaciona con otras ramas jurídicas, se plantea cuestiones prácticas y filosóficas, y determina las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Todas estas cuestiones deben ser analizadas de manera interdisciplinaria, teniendo en cuenta incluso los aportes de otras ramas del saber.

Al presentar el segundo número de *Ius Constitutionale, Revista de Derecho Constitucional*, se incluye una sección de *Ensayos Jurídicos* que buscan generar un debate académico sobre temas de relevancia jurídica. En primer lugar, se encuentra el estudio del Dr. Emilio Suarez sobre la consulta popular y el dictamen ficto. A continuación, las abogadas Karina Tello y Karla Cárdenas realizan un análisis sobre el desarrollo pretoriano de la consulta prelegislativa en el Ecuador. Seguidamente, el Dr. Esteban Polo examina la relación de la unidad jurisdiccional con la independencia judicial y las acciones constitucionales.

Este volumen también estará compuesto por una sección de *Investigación* que contiene análisis y comentarios sobre las sentencias más destacadas de la Corte Constitucional, desarrollados por el equipo académico del CEDEC. En la sección de *Entrevistas* el lector conocerá más de cerca la vida profesional y académica de la Vicepresidenta de la Corte Constitucional, Daniela Salazar, así como de los jueces constitucionales Alí Lozada y Carmen Corral.

En la sección de *Reseñas*, que entre otros textos cuenta con el de Ariana Tapia y Doménica Lara presentan una visión general y comentada sobre el libro *Reelección presidencial y democracia: La evasión de los límites constitucionales*, escrito por el juez constitucional Prof. Agustín Grijalva y por el magíster en investigación José Luis Castro.

Finalmente, la sección *Varieté* busca las intersecciones del mundo jurídico con otras disciplinas; así inicia con una columna sobre la experiencia de Susana Vaca, abogada, que ha encontrado la forma de conjugar su profesión con su pasión por la escritura literaria. Y entre otras, se incluyen reflexiones sobre cine y la cuestión criminal en el Derecho escrito por Washington Calderón, y un texto de David Castillo y Damián Granda, que presentan un interesante análisis sobre el Derecho en la literatura de Franz Kafka. Como cierre de la revista, se acompañan dos muestras artísticas, una de las cuales son fotografías de Efrén Guerrero, jurista y ex Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, quien además es fotógrafo.

En suma, a través de esta Revista, se busca establecer un vínculo más estrecho entre la ciudadanía y el mundo académico, así como con la actividad jurisdiccional de la Corte, a fin de fortalecer la cultura jurídica constitucional en el Ecuador.



Prof. Hernán Salgado Pesantes

Presidente de la Corte Constitucional

# Reflexiones Jurisprudenciales

Esta sección se compone de dos partes: la primera corresponde a los *Ensayos Jurídicos* enviados por estudiantes, profesionales y académicos con interés en la investigación y el debate jurídico. Los trabajos fueron receptados a través de una convocatoria abierta y, tras un proceso de arbitraje y selección, se escogieron aquellos con el más alto nivel para crear reflexiones sobre el Derecho. La segunda parte, *Investigación*, se compone del análisis y comentario de las sentencias más destacadas de la Corte Constitucional a cargo del CEDEC.



# ENSAYOS JURÍDICOS

## Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto”

**Por:** Emilio Suárez Salazar<sup>1</sup>

### Resumen

El presente artículo aborda dos aspectos en torno a la consulta popular: (i) el cambio de precedente de la Corte Constitucional en cuanto al requisito de “legitimación democrática” en las solicitudes de consultas populares y (ii) el dictamen “ficto” de constitucionalidad establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Se determinará la relación entre ambos temas y se cuestionará la constitucionalidad del dictamen ficto. A lo largo del análisis, se hará referencia a la legislación y a la jurisprudencia constitucional reciente, así como a casos en los que ha existido dictamen ficto en el Ecuador. Se concluirá que el cambio de precedente ha facilitado el ejercicio

de los derechos de participación, pero que todavía es necesario un pronunciamiento contundente respecto de la constitucionalidad del dictamen ficto, sobre todo por la necesidad de garantizar la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

### Palabras clave

Consulta popular, dictamen ficto, control de constitucionalidad, precedente constitucional, Corte Constitucional.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior y Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Socio del estudio jurídico Durini & Guerrero Abogados. Docente del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito en pregrado. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en los programas de posgrado de Derecho Constitucional y Derecho Procesal. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.

\*Agradezco a María Yépez Idrovo por su colaboración en la redacción de este artículo.

## 1. Introducción

Uno de los grandes hitos de la jurisprudencia de la actual conformación de la Corte Constitucional (en adelante, la CCE o la Corte)<sup>2</sup> ha sido el cambio de precedente en cuanto a los requisitos para que la ciudadanía pueda presentar una solicitud de consulta popular. Este cambio de criterio jurisprudencial ha tenido por objetivo eliminar obstáculos a la participación ciudadana y favorecer el ejercicio del derecho de las personas a participar en asuntos de interés público. Sin embargo, el cambio de precedente también ha permitido evidenciar uno de los grandes problemas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) en cuanto a la consulta popular: el denominado dictamen “ficto” de constitucionalidad que, según el art. 105 de dicha ley, se produce cuando la Corte Constitucional no se pronuncia en el término de veinte días de iniciado el control previo de constitucionalidad de la solicitud de consulta popular.<sup>3</sup> En este artículo, se profundizará acerca del cambio de precedente de la CCE y se analizará — con un enfoque crítico — la figura del dictamen “ficto” de constitucionalidad

de la solicitud de consulta popular. Posteriormente, se examinarán las implicaciones del cambio de precedente en cuanto al dictamen ficto de constitucionalidad, así como la forma en la que la jurisprudencia de la Corte ha abordado el problema del dictamen ficto.

## 2. El cambio de precedente de la CCE en materia de consultas populares

En el año 2013, la Corte interpretó el art. 104 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, la CRE)<sup>4</sup>, referente a los requisitos de la solicitud de consulta popular, y dictó la siguiente regla jurisprudencial:

Para la emisión del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular provenientes de la iniciativa ciudadana, el Consejo Nacional Electoral deberá remitir a la Corte Constitucional, junto con la petición de consulta, el informe favorable del cumplimiento de la legitimación democrática, en observancia a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución; requisito que deberá ser verificado por la Sala de Admisión en funciones conforme al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.<sup>5</sup>

De acuerdo con este precedente, entonces, para que la CCE pudiera emitir un dictamen de constitucionalidad de una solicitud de

2 La actual conformación de la Corte Constitucional del Ecuador (En adelante, CCE) se posesionó el 05 de febrero de 2019.

3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (En adelante, LOGJCC), Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 105.

4 Constitución de la República del Ecuador (En adelante, CRE), Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 104.

5 CCE, *Dictamen 001-13-DGP-CC*, 25 de septiembre de 2013, 12.

consulta popular, dicha solicitud debía necesariamente estar acompañada de las correspondientes firmas de respaldo —a lo que la Corte se refiere como la “*legitimación democrática*”—, conforme a lo establecido en el art. 104 de la CRE. En su dictamen, la Corte expresó que esta interpretación del art. 104 de la CRE permitía que se “examine integralmente la constitucionalidad de lo que puede ser objeto la consulta”<sup>6</sup> y guardaba armonía con los arts. 182 y 183 del Código de la Democracia<sup>7</sup>.

La actual conformación de la Corte ha advertido acerca de los problemas de esta interpretación del art. 104 de la CRE. En su dictamen 1-19-CP/19, la Corte determinó que dicha interpretación limita la participación ciudadana al señalar que,

[l]a interpretación realizada por la anterior Corte Constitucional provoca dos efectos lesivos con relación al derecho de participación, uno directo y otro indirecto: el primero ocasiona un obstáculo injustificado que altera y agrava el proceso de consulta popular de iniciativa ciudadana. Y, el otro efecto, como consecuencia del primero, podría conducir a un desincentivo sistemático que disuada a los ciudadanos de promover consultas populares, debido a una exigencia previa que dificulta innecesariamente su derecho de participación<sup>8</sup>.

Por lo expuesto, la Corte vio la necesidad “de alejarse del precedente fijado en el Dictamen 001-13-DCP-CC”<sup>9</sup> y reconoció que la consulta es un derecho constitucional que debe ser interpretado según lo establecido en el art. 11 de la CRE. Por ello, la CCE cambió el precedente en cuanto al requisito de legitimación democrática al señalar lo siguiente:

Esta Corte Constitucional, contrariamente a la posición anterior, aprecia que si el requisito en referencia es exigido después de realizado el control de constitucionalidad, a simple vista se favorece el ejercicio del derecho de participación, pues se garantiza que quienes pretendan solicitar la convocatoria a una consulta popular tengan certeza sobre la constitucionalidad o no de su planteamiento, antes de que busquen el respaldo mínimo previsto en el artículo 104 de la Norma Suprema<sup>10</sup>.

Esta interpretación dotada de coherencia es la correcta, ya que está implícita en el texto constitucional, debido a que el principio democrático y el derecho de participación deben irradiar a todas las disposiciones constitucionales. Consiguientemente, trae como consecuencia que los ciudadanos inicien el proceso de socialización y respaldo de su propuesta de consulta, una vez que la Corte Constitucional haya dictaminado sobre su constitucionalidad, lo cual propicia un ejercicio más adecuado del derecho de participación, ya que evitará llevar a cabo un proceso complejo que podría ser innecesario<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>7</sup> *Ibíd.* Vid. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial Suplemento 578, 27 de abril de 2009, arts. 182 y 183.

<sup>8</sup> CCE, *Dictamen 1-19-CP/19*, 16 de abril de 2019, párr. 23.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 29.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, párr. 27.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, párr. 28.

No solo es rescatable el hecho de que la Corte, a través de esta interpretación, buscó favorecer el efectivo ejercicio del derecho a participar en asuntos de interés público y a ser consultados, sino que también debe aplaudirse la forma clara y argumentada en la que se apartó de su precedente. Conforme al art. 2.3 de la LOGJCC, la Corte puede “alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada”, lo cual es una garantía de seguridad jurídica y de claridad en las líneas jurisprudenciales de la CCE.

No se debe tampoco dejar de mencionar que estos requisitos son también aplicables cuando la Corte crea excepciones a sus precedentes —lo cual se conoce como distinción—, pues la propia CCE ha señalado que “la distinción se produce cuando la Corte argumentadamente determina que el caso actual se diferencia del caso que dio lugar al precedente en alguna propiedad relevante, lo que conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente”.<sup>12</sup> Por lo mismo, es muy importante que la Corte evite casos en los que no establezca excepciones claras a sus precedentes<sup>13</sup> y que siempre sea explícita al crear dichas excepciones o al apartarse de sus precedentes —

como en efecto ocurrió en el dictamen 1-19-CP/19—.

Las consecuencias de este cambio de precedente son muy importantes. Consideramos que este nuevo criterio jurisprudencial podría llevar a que se visibilice el problema del dictamen “ficto” de constitucionalidad, contenido en el art. 105 de la LOGJCC. En teoría, la eliminación de obstáculos para el ejercicio de los derechos de participación podría tener como consecuencia que se incentive el ejercicio de estos derechos y, como tal, que se planteen más solicitudes de consultas populares. A su vez, si se plantean más solicitudes de consultas populares, se requiere de un esfuerzo mayor por parte de la CCE, con el fin de cumplir el término de veinte días previsto en el art. 105 de la LOGJCC.

Esta conformación de la Corte ha sido particularmente cuidadosa en cuanto a la observancia de este término, a pesar de que ha recibido y resuelto varias solicitudes de consultas populares. En su primer año de gestión, la Corte actual expidió veinte dictámenes de consulta popular<sup>14</sup>, lo cual es un número bastante considerable. En su segundo año de

<sup>12</sup> CCE, *Sentencia 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, párr. 30.

<sup>13</sup> Como ejemplo, se puede citar a la sentencia 843-14-EP/20, de 14 de octubre de 2020. En este fallo, la CCE estableció en qué casos podría, vía acción extraordinaria de protección, dictar una sentencia de mérito en procesos emanados de la justicia ordinaria, sin establecer excepción alguna o apartarse del precedente contenido en la sentencia 176-14-EP/19, que estableció que la Corte solo puede realizar un control de méritos de las sentencias emanadas de procesos de garantías jurisdiccionales.

<sup>14</sup> Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CCE, *Boletín Anual 2019-2020* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2020), 70.

gestión, la CCE resolvió seis causas<sup>15</sup>, y será interesante examinar cuántos casos resuelve en su tercer año.

A continuación, se analizará la figura del dictamen “ficto” que se configura cuando han transcurrido los veinte días previstos en el art. 105 de la LOGJCC. Se examinará la importancia de que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de esta figura, pues, como se verá, la vigencia del dictamen ficto puede menoscabar el ejercicio de derechos constitucionales, sobre todo si, con el cambio de precedente, aumentan las solicitudes de consultas populares y, con ello, la probabilidad de que la Corte no cumpla el referido término legal.

### 3. El dictamen ficto de constitucionalidad de las consultas populares y su relación con el cambio de precedente de la Corte

#### 3.1. Análisis del art. 105 de la LOGJCC e importancia del control de constitucionalidad de las consultas populares

El último inciso del art. 105 de la LOGJCC, que se encuentra en la sección referente al control

constitucional del cuestionario del referendo de enmiendas y reformas constitucionales, y que también es aplicable a la consulta popular en general<sup>16</sup>, prescribe:

Si la Corte Constitucional no resolviere sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan.

De la norma transcrita se desprende que, si la Corte no emite su dictamen de constitucionalidad en veinte días de “iniciado el respectivo control previo”<sup>17</sup>, se entiende que ha existido un dictamen favorable o dictamen “ficto” de constitucionalidad. La CCE ha señalado que “el propósito de esta norma es imponer a la Corte Constitucional un límite temporal para que se pronuncie respecto de una manifestación de democracia directa, sin que su omisión o retardo injustificado pueda provocar una afectación al derecho de participación de los ciudadanos a ser consultados [...]”<sup>18</sup>.

En este contexto, la Corte ha sostenido que la existencia

<sup>15</sup> Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CCE, *Boletín Anual 2020-2021* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2021), 58.

<sup>16</sup> LOGJCC, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 127: “Alcance.- La Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular. El control de constitucionalidad se ejercerá en los mismos términos y condiciones que el control previsto en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del presente Título, y estará encaminado a garantizar la libertad de la electora o elector y la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas a adoptar a través de este procedimiento”.

<sup>17</sup> Más adelante se analizará cuándo la Corte Constitucional ha entendido que inicia el control previo.

<sup>18</sup> CCE, *Caso 0001-17-CP*, 18 de marzo de 2019, párr. 14. Lo mismo dijo la Corte en el *auto 2-17-RC/19* de 9 de abril de 2019, párr. 11.2.

de un dictamen favorable en los términos del art. 105 de la LOGJCC le “priva de competencia [...] para pronunciarse o emitir un juicio de constitucionalidad respecto de las propuestas cuya tramitación haya excedido el término previsto en aquel enunciado normativo”.<sup>19</sup> De lo dicho se desprende que esta suerte de ‘silencio constitucional positivo’ tendría la finalidad de proteger a los ciudadanos y garantizar el ejercicio de su derecho a ser consultados.

Lo que llama la atención, sin embargo, es que el art. 104 de la CRE —que se refiere de manera general a la consulta popular<sup>20</sup>— no contempla este dictamen ficto de constitucionalidad. Al contrario, esta norma es clara en cuanto a que “en todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas”. La exigencia de un control de constitucionalidad de las preguntas sometidas a consulta popular demuestra, entonces, que este mecanismo de participación tiene límites. Como lo ha señalado la Corte, dichos límites “pueden

estar contenidos en el propio texto constitucional [como en el inciso sexto del artículo 104] o en otras fuentes que se integran a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad”<sup>21</sup>.

En ese sentido, a través de sus dictámenes de constitucionalidad de las consultas populares, la CCE ha establecido ciertos parámetros para garantizar la supremacía constitucional, así como la libertad del elector. Por ejemplo, ha señalado que una consulta popular local no puede modificar la ley penal<sup>22</sup>, que las preguntas sometidas a consulta popular no pueden desconocer el contenido de los derechos constitucionales<sup>23</sup>, o que los considerandos de una consulta popular deben ser puramente informativos y redactados de manera que no induzcan al votante ni incluyan información engañosa<sup>24</sup>.

De lo expuesto se desprende que el control previo de constitucionalidad de las consultas populares es un mecanismo a través del cual la Corte no solamente busca garantizar la libertad del elector, sino que —sobre todo— verifica que las preguntas no incurran

19 CCE, *Caso 0001-12-CP y 0008-15-CP*, 18 de marzo de 2019, párr. 18.

20 Si bien el texto constitucional utiliza de forma genérica el término “consulta popular”, es importante aclarar que, una consulta popular puede ser de tipo plebiscito o referendo. Como lo estableció la Corte en el dictamen 2-19-CP/19 de 20 de junio de 2019, “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” (párr. 29).

21 CCE, *Dictamen 4-19-CP/19*, 01 de agosto de 2019, párr. 12.

22 CCE, *Dictamen 12-19-CP/19 y acumulado*, de 25 de septiembre de 2019, párr. 23.

23 CCE, *Dictamen 6-19-CP/19*, 01 de agosto de 2019. En este dictamen, la Corte analizó preguntas referentes a la inclusión de la pena de muerte, la cadena perpetua o castigos corporales para sancionar ciertos delitos, por ejemplo.

24 CCE, *Dictamen 2-20-CP/20*, 29 de enero de 2020, párr. 16.

en violaciones constitucionales ni restrinjan los derechos y las garantías constitucionales<sup>25</sup>. Al respecto, se ha señalado que “[l]a existencia del control de constitucionalidad sobre los cuestionamientos a ser planteados a la ciudadanía, garantiza que las decisiones mayoritarias que se puedan adoptar, no atenten contra el orden constitucional ni menoscaben derechos de grupos minoritarios”.<sup>26</sup> Sin embargo, esta protección de los derechos constitucionales que se busca garantizar a través del control de constitucionalidad de las consultas populares es evitada cuando existe un dictamen “ficto”.

Sobre la base de lo anterior, es claro que no haber establecido excepciones al control de constitucionalidad exigido en el art. 104 de la CRE también resulta lógico desde un punto de vista técnico, pues “es errado suponer que una norma, un tratado internacional o una pregunta de un proyecto de consulta popular se puedan volver constitucionales, aun cuando no lo sean materialmente, por el transcurso del tiempo, pues aquello conllevaría a instaurar un mecanismo reglado de elusión constitucional”<sup>27</sup>. Aquello que es inconstitucional lo será hasta

que la Constitución sea modificada, independientemente del mero paso del tiempo.

Por lo tanto, en nuestro criterio, la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución vuelve inaplicables, en materia de control de constitucionalidad, las consecuencias del silencio administrativo positivo, que resguarda —fundamentalmente— el ejercicio del derecho de petición del administrado<sup>28</sup>. Es importante recalcar que lo dicho de ninguna manera implica que la falta de un pronunciamiento oportuno en el caso de solicitudes de consulta popular carezca de consecuencias jurídicas, pues el propio art. 105 de la CRE establece que el incumplimiento del término de veinte días da lugar a sanciones administrativas.

Finalmente, cabe señalar que de una lectura sistemática de la Constitución se desprende que, si el constituyente hubiese tenido la intención de crear una excepción a la regla contenida en el art. 104, la hubiese incluido de manera expresa en el texto constitucional, como efectivamente se hizo en el caso del control previo de constitucionalidad del estatuto de una región autónoma<sup>29</sup>.

25 CCE, *Dictamen 7-20-CP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 23.

26 Esteban Javier 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*, n.º 2 (2018), 77.

27 Xavier Palacios Abad, «Dictamen ficto de la Corte Constitucional, ¿Es constitucional?», columna de opinión jurídica del Movimiento para la Restauración Estudiantil (IURE), enero de 2018.

28 El silencio administrativo positivo ha sido definido como una “reacción a la inactividad de la administración pública frente a una petición, reclamo o recurso propuesto por un administrado, quien tiene el derecho fundamental de conocer si su requerimiento es aceptado o no [...]”. Francisco Guerrero Celi, *Nueva visión del Derecho Administrativo. Sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexas* (Quito: Cevallos, 2019), 262.

29 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 245. “[...] El proyecto de estatuto será presentado ante la Corte Constitucional

Por todo lo expuesto, consideramos que el art. 105 de la LOGJCC es inconstitucional, pues restringe el control previo de constitucionalidad de las consultas populares y vulnera el principio de supremacía constitucional.

### 3.2. Implicaciones prácticas del dictamen “ficto” de constitucionalidad

A continuación, se analizarán las implicaciones prácticas del dictamen “ficto” de constitucionalidad y se examinarán dos casos en los que existió esta clase de dictamen: la consulta popular y el referéndum del 4 de febrero de 2018<sup>30</sup>, y la consulta popular que tuvo lugar en el cantón Girón el 24 de febrero de 2019<sup>31</sup>. Previo a analizar estos casos, es importante referirnos a cómo la CCE ha entendido “el inicio del control previo”, a partir del cual se empiezan a contar los veinte días término que establece el art. 105 de la LOGJCC para la emisión del dictamen previo de constitucionalidad de la solicitud de consulta popular.

#### 3.2.1. ¿Cuándo inicia el control previo al que se refiere el artículo 105 de la LOGJCC?

La anterior conformación de la Corte se amparó en el ahora derogado art. 9 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (en adelante, RSPCCC)<sup>32</sup>, que prescribía —de manera bastante amplia— que los plazos y términos contenidos en la LOGJCC se empezaban a contar a partir del “día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte”. Adicionalmente, este artículo señalaba que, si el Pleno, las Salas o el juez sustanciador solicitaban apoyo técnico jurisdiccional, ordenaban la práctica de diligencias y/o solicitaban estudios especializados, se suspendía el cómputo de los términos y plazos contenidos en la LOGJCC<sup>33</sup>.

La actual conformación de la Corte derogó esta disposición reglamentaria mediante Resolución No. 001-CCE-PLE-2019 y ha sido enfática en cuanto a que dicho artículo “imponía condicionamientos no previstos en la ley”, alteraba su contenido y era utilizado por la anterior conformación de la Corte para eludir su deber de emitir un dictamen previo de

---

para que verifique su conformidad con la Constitución. El dictamen correspondiente se emitirá en un plazo máximo de cuarenta y cinco días, y en caso de no emitirse dentro de éste se entenderá que el dictamen es favorable”.

30 La solicitud de consulta popular fue presentada el 02 de octubre de 2017 y fue signada con el No. 0001-17-CP. Las enmiendas constitucionales a ser aprobadas vía referéndum fueron presentadas el mismo día y signadas con el No. 0002-17-RC.

31 La Corte Constitucional analizó esta solicitud de consulta popular en los casos 0001-12-CP y 0008-15-CP y aclaró que existió un dictamen ficto.

32 RSPCCC, Registro Oficial 613, 22 de octubre de 2015.

33 *Ibid.*, art. 9.

constitucionalidad conforme al art. 105 de la LOGJCC<sup>34</sup>. La línea jurisprudencial que mantiene esta conformación de la Corte respecto del inicio del “control previo” se ve reflejada en el dictamen 1-19-CP/19, que se analizó con motivo del cambio de precedente de la Corte en materia de consulta popular. En este dictamen, la CCE es clara en cuanto a que el avoco de conocimiento da inicio al control previo al que se refiere el art. 105 de la LOGJCC<sup>35</sup>.

La Corte reiteró este criterio en relación con los procedimientos de modificación constitucional. En estos casos, la CCE interviene en tres momentos: (i) dictamen de procedimiento; (ii) sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo y (iii) sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales<sup>36</sup>. Sobre la aplicación del art. 105 de la LOGJCC en estos escenarios, la Corte ha señalado que el dictamen ficto de constitucionalidad aplica únicamente respecto del análisis de constitucionalidad de la convocatoria a referendo (segundo momento), no respecto de los dos otros momentos en los que interviene la Corte:

[E]xclusivamente en [el] segundo momento opera el efecto del “*pronunciamiento ficto*” por el paso del tiempo legal que se entiende se inicia desde el avoco de conocimiento de la Jueza o Juez Constitucional Ponente como se indicó en el Dictamen de esta Corte Constitucional No. 1-19-CP/19 de 16 de abril de 2019<sup>37</sup>.

De acuerdo con este fallo, la CCE no tiene límite temporal alguno para la expedición del dictamen de procedimiento, pero sí debe observar estrictamente los veinte días del art. 105 de la LOGJCC respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo. Por otro lado, es importante recalcar que el hecho de que el término de veinte días —tanto en los casos de modificación constitucional como de consultas populares de carácter plebiscitario— inicie desde el avoco de conocimiento y no desde la presentación de la solicitud, también le puede otorgar cierto margen de tiempo adicional a la Corte para emitir el correspondiente pronunciamento<sup>38</sup>.

### 3.2.2. Casos de dictamen “ficto” y posibilidad de control de constitucionalidad posterior

La consulta popular de 04 de febrero de 2018 obtuvo un dictamen “ficto” de constitucionalidad. Así,

<sup>34</sup> Ver, por ejemplo, *Caso 0001-17-CP*, 18 de marzo de 2019, párr. 20. En el mismo sentido se pronunció la Corte en los casos *0001-12-CP* y *0008-15-CP*.

<sup>35</sup> CCE, *Dictamen 1-19-CP/19*, 16 de abril de 2019, párr. 2.

<sup>36</sup> LOGJCC, art. 99..

<sup>37</sup> CCE, *Dictamen 4-18-RC/19*, 09 de julio de 2019, párr. 19.

<sup>38</sup> Por ejemplo, en el caso 5-20-CP/20, la solicitud y el acta de sorteo tienen fecha 3 de agosto de 2020, mientras que se avocó conocimiento el 21 de agosto de 2021. De hecho, en el primer pie de página de dicho dictamen, se precisa que el avoco de conocimiento “determinó el inicio del término para emitir el dictamen de constitucionalidad previsto en el párrafo final del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.

una vez que el Pleno del Consejo Nacional Electoral observó la falta de pronunciamiento de la Corte dentro del término establecido en el art. 105 de la LOGJCC, convocó al proceso de consulta popular y referéndum solicitado por el Presidente de la República y la ciudadanía se pronunció sobre cinco preguntas de referéndum y dos de tipo plebiscito<sup>39</sup>. Si bien en los Decretos 229 y 230, ambos de fecha 29 de noviembre de 2017, el Presidente de la República no especificó cómo realizó el conteo del término de veinte días, de ambos decretos se desprende que el término se ha contabilizado desde la recepción de la solicitud en la CCE (es decir, desde el 2 de octubre de 2017)<sup>40</sup>. Bajo el estándar de la actual conformación de la Corte, no existiría dictamen ficto en este caso, pues se debería contar el término desde el avoco de conocimiento, que se produjo el 06 de noviembre de 2017 en el caso de la modificación constitucional<sup>41</sup>, y el 14 de noviembre de 2017 en el caso de la consulta popular plebiscitaria<sup>42</sup>.

Por otra parte, en la consulta popular del cantón Girón realizada

el 24 de febrero de 2019, una vez que constató que había transcurrido en demasía el término de veinte días previsto en el art. 105 de la LOGJCC<sup>43</sup>, el Pleno del Consejo Nacional Electoral convocó a los habitantes del mencionado cantón a un plebiscito en el que se pronunciarían sobre la realización de actividades mineras en los páramos y fuentes de agua del Sistema Hidrológico Quimsacocha<sup>44</sup>. En este proceso electoral, el “No” se impuso con un 86.79%<sup>45</sup>.

Respecto de los dos casos que han sido mencionados, la CCE se ha pronunciado —con mayor o menor claridad— sobre la posibilidad de control material *ex post* del contenido de la consulta popular. En el caso No. 0012-18-IN, se presentó una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Disposición General Segunda de la CRE, agregada al texto constitucional en virtud del referéndum de 4 de febrero de 2018<sup>46</sup>. En su auto de admisión, la Sala negó la posibilidad de realizar un control formal de la convocatoria a referéndum, al haber existido un dictamen

39 Pleno del Consejo Nacional Electoral. *Resolución PLE-CNE-3-1-12-2017*, Registro Oficial Segundo Suplemento 135, 07 de diciembre de 2017.

40 Presidente Constitucional de la República (Lenín Moreno Garcés). *Decretos Ejecutivos 229 y 230*, 29 de noviembre de 2017.

41 CCE, *Caso 2-17-RC/19*, CCE, 09 de abril de 2019, párr. 3.

42 CCE, *Caso 0001-17-CP*, CCE, 18 de marzo de 2019, párr. 3.

43 En este caso, incluso bajo el estándar de la actual conformación de la Corte, existió un dictamen ficto de conformidad con el art. 105 de la LOGJCC, pues se avocó conocimiento el 25 de julio de 2018 y, hasta el 30 de enero de 2019 que se convocó a la consulta popular, no existió pronunciamiento de la Corte.

44 Pleno del Consejo Nacional Electoral. *Resolución PLE-CNE-2-30-2019*, Registro Oficial Suplemento 429, 15 de febrero de 2019.

45 «El no se impuso con el 86,79% en la consulta popular minera del cantón Girón, en Azuay», *El Comercio*, 26 de marzo de 2019, acceso el 11 de abril de 2021, <https://www.elcomercio.com/actualidad/consulta-popular-mineria-giron.html>.

46 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Disposición General Segunda: “Las autoridades de elección popular que ya hubiesen sido reelegidas desde la entrada en vigor de la Constitución de Montecristi no podrán postularse para el mismo cargo”.

presunto de constitucionalidad “que surte los mismos efectos que un pronunciamiento expreso”<sup>47</sup>. Sin embargo, pese a que el art. 106 de la LOGJCC permite únicamente realizar un control constitucional *ex post* por vicios de procedimiento, la Sala sí admitió la posibilidad de realizar un control material de la modificación constitucional, sobre la base del siguiente razonamiento:

En relación con el cargo ii), este Tribunal considera que, en general, el examen de posibles vulneraciones a derechos fundamentales en el texto de un proyecto de modificación constitucional debe ser materia del dictamen sobre la vía correcta para su tramitación. Por lo que, cuando el dictamen es expreso, la Corte Constitucional carece de competencia para efectuar nuevamente y *ex post* aquel examen de fondo. Sin embargo, si se aplicara esto mismo a un caso como el presente, donde el dictamen señalado es ficto, quedarían sin control posibles violaciones de los límites materiales impuestos a las distintas vías de modificación constitucional. Esto justifica que en tales casos la Corte sea competente para realizar un control constitucional *ex post* y de fondo acerca de los límites antes indicados<sup>48</sup>.

Este auto parece sugerir que el pronunciamiento ficto de constitucionalidad es aplicable al momento en que la Corte determina la vía adecuada de modificación constitucional. Este criterio no fue adoptado por la CCE en el dictamen 4-18-RC/19, citado anteriormente,

según el cual el dictamen ficto de constitucionalidad es aplicable exclusivamente a la convocatoria a referendo. Sin perjuicio de lo indicado, el razonamiento expuesto en este auto refleja el problema existente en torno al dictamen ficto de constitucionalidad: la falta de un control material de constitucionalidad y la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales, lo cual justifica que se realice, *ex post*, dicho control material. Ahora bien, si se puede cuestionar la constitucionalidad de fondo de las preguntas que han sido aprobadas vía un dictamen ficto, ¿tiene alguna utilidad dicho pronunciamiento ficto? Parecería que no.

En cuanto a la consulta popular de Girón, la Corte se pronunció en el sentido de que, en razón del dictamen ficto, ya no podía realizar nuevamente un control previo de constitucionalidad. Sin embargo, tampoco excluyó completamente la posibilidad de realizar un control material posterior, pues señaló que su decisión no constituye un pronunciamiento sobre el fondo de las propuestas<sup>49</sup>.

47 CCE, Sala de Admisión. *Caso 0012-18-IN*, 10 de abril de 2019, párr. 13.

48 *Ibid.*, párr. 14.

49 CCE, *Caso 0001-12-CP y 0008-15-CP*, 18 de marzo de 2019, párr. 25.

### 3.3. Necesidad de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del dictamen ficto

Cabe señalar que la constitucionalidad del último inciso del art. 105 de la LOGJCC, referente al dictamen ficto, ha sido demandada ante la Corte Constitucional en la acción signada con el No. 19-19-IN, que fue admitida a trámite mediante auto de 16 de agosto de 2019.

En nuestro criterio, dado los riesgos que representa la vigencia del dictamen ficto en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte debería aplicar la disposición prevista en el último inciso del art. 7 del RSPCCC, y realizar una excepción a la resolución mediante orden cronológico de las causas, y tramitar esta demanda con la urgencia que amerita.

### 4. Conclusiones

La jurisprudencia de la actual conformación de la CCE ha traído importantes cambios en materia de consultas populares. Sin duda, se ha viabilizado el ejercicio de los derechos de participación al apartarse expresamente del precedente que exigía, como requisito de *“legitimación democrática”*, que se recojan las firmas de respaldo antes de obtener el dictamen previo de constitucionalidad por parte de la Corte. Sin embargo, consideramos

que la jurisprudencia de la CCE todavía debe pronunciarse acerca de la constitucionalidad del dictamen “ficto” contenido en el art. 105 de la LOGJCC.

En nuestro criterio, los objetivos del control de constitucionalidad —garantizar la supremacía de la Constitución y, en consecuencia, proteger los derechos fundamentales— son incompatibles con la existencia de un dictamen “ficto” de constitucionalidad. En tal sentido, resulta lógico que la CRE no haya realizado salvedad alguna para el control previo de constitucionalidad de las solicitudes de consulta popular, siendo el art. 105 de la LOGJCC una norma injustificadamente restrictiva. Por lo mismo, consideramos que el inciso final del art. 105 de la LOGJCC debería ser declarado inconstitucional, en lugar de que se establezcan reglas que permiten una mayor flexibilización en el cómputo del término de veinte días contenido en el referido artículo.

### 5. Bibliografía

#### Doctrina

Agencia AFP. «El no se impuso con el 86,79% en la consulta popular minera del cantón Girón, en Azuay», *El Comercio*, 26 de marzo de 2019. Acceso el 11 de abril de 2021. <https://www.elcomercio.com/actualidad/consulta-popular-mineria-giron.html>.

Guerrero Celi, Francisco. *Nueva visión del Derecho Administrativo. Sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexas*. Quito: Cevallos, 2019.

Palacios Abad, Xavier. «Dictamen ficto de la Corte Constitucional, ¿Es constitucional?», columna de opinión jurídica del Movimiento para la Restauración Estudiantil (IURE), enero de 2018.

Polo Pazmiño, Esteban Javier. «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 II*, No. 2 (2018): 73-91.

Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CCE. *Boletín Anual 2019-2020*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2020.

— *Boletín Anual 2020-2021*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2021.

## Normativa

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Pleno del Consejo Nacional Electoral. Resolución PLE-CNE-3-1-12-2017 (Registro Oficial Segundo Suplemento 135 de 7 de diciembre de 2017).

— Resolución No. PLE-CNE-2-30-2019 (Registro Oficial Suplemento 429 de 15 de febrero de 2019).

Presidente Constitucional de la República (Lenín Moreno Garcés). Decretos Ejecutivos 229 y 230, 29 de noviembre de 2017.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (Registro Oficial 613 de 22 de octubre de 2015).

Pleno del Consejo Nacional Electoral. Resolución No. PLE-CNE-2-30-2019 (Registro Oficial Suplemento 429 de 15 de febrero de 2019).

— Resolución PLE-CNE-3-1-12-2017 (Registro Oficial Segundo Suplemento 135 de 7 de diciembre de 2017).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0001-12-CP y 0008-15-CP*, 18 de marzo de 2019.

— *Caso 0001-17-CP*, 18 de marzo de 2019.

— *Caso 2-17-RC/19*, 09 de abril de 2019.

— *Caso 0012-18-IN*, Sala de Admisión, 10 de abril de 2019.

— *Dictamen 001-13-DGP-CC*, 25 de septiembre de 2013.

— *Dictamen 1-19-CP/19*, 16 de abril de 2019.

— *Dictamen 2-19-CP/19*, 20 de junio de 2019.

— *Dictamen 2-20-CP/20*, 29 de enero de 2020.

— *Dictamen 4-18-RC/19*, 9 de julio de 2019.

- *Dictamen 4-19-CP/19*, 1 de agosto de 2019.
- *Dictamen 5-20-CP/20*, 26 de agosto de 2020.
- *Dictamen 7-20-CP/21*, 27 de enero de 2021.
- *Dictamen 9-19-CP/19*, 17 de septiembre de 2019.
- *Dictamen 12-19-CP/19 y acumulado*, 25 de septiembre de 2019.
- *Sentencia 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020.
- *Sentencia 843-14-EP/20*, 14 de octubre de 2020.

# El desarrollo pretoriano de la consulta prelegislativa en el Ecuador

**Por:** Karina Tello Toral<sup>1</sup>

Karla Alejandra Cárdenas Bahamontes<sup>2</sup>

## Resumen

El presente ensayo analiza la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la consulta pre-legislativa. En ese sentido, realiza el análisis de este derecho a partir de la revisión de sentencias de dicha Corte y de sus expedientes. Se concluye que el referido órgano de justicia constitucional ha aportado en la construcción de este derecho que se reguló por primera vez en la Constitución del 2008.

## Palabras clave

Consulta pre-legislativa, derechos colectivos, comunidades, pueblos y nacionalidades, Convenio 169 de la OIT, Corte Constitucional.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Maestría Derecho Público por la U.P.M.F Grenoble II - Francia, candidata a Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Central del Ecuador. Asesora Corte Constitucional del Ecuador. Correo: [kptello@uce.edu.ec](mailto:kptello@uce.edu.ec).

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Central del Ecuador. Asesora Corte Constitucional del Ecuador. Correo: [karlitacardenasb@gmail.com](mailto:karlitacardenasb@gmail.com).

## 1. Introducción

La tercera generación de derechos<sup>3</sup> reconoce a los derechos colectivos como aquellos cuyos titulares son un grupo o conjunto de personas. Estos derechos no se constituyen por la sumatoria de voluntades individuales, sino que buscan proteger los intereses del grupo e incluso la identidad colectiva, entendiéndose esta como el conjunto de propiedades y atributos característicos de un grupo que se construye en un contexto histórico particular.<sup>4</sup>

Los derechos de estos grupos han sido desarrollados principalmente en el Derecho Internacional al garantizar la “autodeterminación de los pueblos”. En efecto, con la Carta de Naciones Unidas de 1945<sup>5</sup> se garantizó por primera vez “la libre determinación de los pueblos”, en sus artículos 1.2 y 55; esta norma produce *spillovers* o factores de derrame que llevaron a aplicar este principio en el proceso de descolonización<sup>6</sup>.

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en 1966 establece en su artículo 1 que: “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación.” Así, la libre determinación deviene en un principio fundamental del derecho público internacional e incluso una norma del *ius cogen*<sup>7</sup> y se establece además que “para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, (...). En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”<sup>8</sup>

En 1957, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>9</sup> (OIT) estableció garantías para estos colectivos, pero desde una visión integracionista que se centraba en la incorporación de los indígenas como individuos a la sociedad sin tener en cuenta su cosmovisión<sup>10</sup>. Empero, este convenio no establecía

3 Existen numerosas críticas a la división en generaciones de derechos humanos, principalmente por los siguientes motivos: (i) orden terminológico: generación evoca un error porque implica que una generación reemplaza a otra, lo que no sucede en el caso de derechos; (ii) la naturaleza de la clasificación por criterio temporal: es una clasificación reductora, puesto que hay derechos que son difíciles de clasificar; (iii) consecuencias ideológicas y políticas: la visión Este y Oeste, entre otros. Conscientes de estos cuestionamientos, consideramos que esta clasificación nos permite de modo preliminar explicar la génesis histórica de los derechos colectivos y su discusión en el contexto internacional.

4 Catalina Arteaga, *Modernización agraria y construcción de identidades, México* (Ciudad de México: Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2000), párr. 54, edición Kindle. La autora en mención definió a la identidad colectiva como: “la autopercepción de un nosotros relativamente homogéneo en contraposición con los ‘otros’, con base en atributos o rasgos distintivos, subjetivamente seleccionados y valorizados, que a la vez funcionan como símbolos que delimitan el espacio de la ‘mismidad identitaria’”.

5 ONU, «Carta de las Naciones Unidas», (conferencia, Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, 26 de junio de 1941), arts. 1.2 y 55, [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf)

6 ONU, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960, RES/1514/XV.

7 «Vigilancia del ejercicio de los derechos civiles y políticos», acceso el 06 de abril de 2021, ONU Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, párr. 2, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIIndex.aspx> reiteró que: El Comité de Derechos Humanos que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige a los Estados Parte que describan los procesos constitucionales que garanticen el ejercicio del derecho a la libre autodeterminación.

8 ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, art. 1.

9 OIT, «Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales» (conferencia, Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1957, núm. 107), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107).

10 Monika Ludescher, *Tierras y territorios indígenas en América Latina: un estudio de los casos de Bolivia, Ecuador y Perú*, (Ciudad de

la obligatoriedad para los Estados de adoptar medidas de protección a los indígenas. En los años 70, a través de la apertura de foros sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas y con el informe del Relator de Naciones Unidas Martínez Cobo, quien recomendó la revisión y reforma del Convenio 107 de la OIT, en 1989 se aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (Convenio 169)<sup>11</sup>.

En este contexto, esta última norma internacional promovió y reguló varios derechos colectivos de estos pueblos, como la consulta pre-legislativa, la consulta previa libre e informada, y el derecho a sus territorios ancestrales. En consecuencia, este Convenio influenció en las reformas constitucionales en materia de derechos indígenas en América Latina.

Es así que en los años 90 se empiezan a constitucionalizar estos derechos; por ejemplo, Argentina con la reforma de 1994 en su artículo 75.17<sup>12</sup>, la Constitución colombiana de 1991<sup>13</sup>, la Constitución peruana de 1993<sup>14</sup>, o la Constitución ecuatoriana de 1998<sup>15</sup> que reflejó parcialmente estas luchas. Finalmente, los últimos procesos constituyentes de América Latina, como los casos de Bolivia y Ecuador.

En el caso específico de la República del Ecuador, la concepción de *sumak kawsay*<sup>16</sup> y el listado de derechos colectivos a las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de 2008 (CRE) han sido un avance en el reconocimiento de las prerrogativas referidas; sin embargo, su materialización se encuentra en construcción<sup>17</sup>, de tal modo que el presente ensayo tiene como objetivo analizar el derecho a la consulta

---

Berna: Peter Lang, 2014), loc. 50, edición para Kindle. El texto en mención fue criticado en virtud de que, mantenía una visión integracionista donde los pueblos "salvajes" debían entrar en un proceso de socialización previa educación o civilización.

11 OIT, «Convenio 169 Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes» (conferencia, Organización Internacional del Trabajo, de 15 de mayo de 1998) [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf).

12 Constitución de la Nación Argentina, Gaceta Oficial, 15 de diciembre de 1994, art. 75 número 17.

13 Constitución Política de Colombia, Gaceta Oficial, 4 de julio de 1991, arts. 246, 329 y 330.

14 Constitución Política del Perú, Gaceta Oficial, 29 de diciembre de 1993, art. 89.

15 Constitución de la República del Ecuador (En adelante, CRE), Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Sección primera, Capítulo 5 "De los derechos colectivos".

16 Raúl Llasag R, «El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales», Foro Revista de Derecho, n.º 12 (2009): 119, 124 y 125, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2306/1/07-TC-Llasag.pdf>. Según Llasag: La Constitución del Ecuador no adopta una sola línea respecto al sumak kawsay, se lo considera como un principio, en su preámbulo, como un derecho del buen vivir, en la parte dogmática y como régimen del buen vivir en la parte orgánica. A pesar de que se ha pretendido reducir al sumak kawsay a los derechos del buen vivir, se debe entender al mismo como un principio transversal que debe ser desarrollado en las normas e interpretación constitucional.

17 Sofía Jarrín, «Consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana», Centro de Derechos, Económicos y Sociales CDES, (2017): 147-148,

pre-legislativa, a partir del siguiente cuestionamiento:

¿Cuál es el aporte que ha realizado la Corte Constitucional en el derecho de las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias a la consulta pre-legislativa?

Para contestar a esta pregunta, se recurrió a sentencias y expedientes donde la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado aspectos sobre la consulta pre-legislativa. Se trabajó específicamente con tres casos que han sido resueltos por la Corte Constitucional: casos 8-09-IN y acumulado; 38-13-IS y acumulado y 20-12-IN. De esas sentencias y expedientes se analizó la forma mediante la cual la Corte Constitucional aplicó o interpretó la consulta pre-legislativa.

Si bien se partió de la revisión documental, posteriormente, se realizó una valoración y análisis cualitativo y crítico del contenido. Por lo cual, el presente ensayo se divide en tres partes. En la primera parte se analiza el derecho a la consulta pre-legislativa desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la segunda parte se valora y analiza críticamente las sentencias del máximo órgano

de interpretación constitucional. Finalmente, en la tercera parte se formulan conclusiones.

## **2. El derecho a la consulta pre-legislativa en Ecuador desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Al constituirse el Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional ha desarrollado en su ordenamiento jurídico disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales en pro de garantizar los derechos de las comunidades, nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubios (“comunidades, nacionalidades y pueblos”).

En este sentido, la Carta Magna en estricto respeto a la cosmovisión de las comunidades, nacionalidades y pueblos ha reconocido varios derechos colectivos<sup>18</sup>, gran parte de estas prerrogativas confluyen y se materializan a través del ejercicio del derecho a la consulta pre-legislativa<sup>19</sup>.

De tal modo que, los procesos legislativos que se relacionen con la identidad, sentido de pertenencia, formas de organización social, propiedad de tierras comunitarias y ancestrales, patrimonio cultural e histórico de las comunidades, nacionalidades y pueblos, deben

<sup>18</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 57.

<sup>19</sup> Sofía Jarrín, «Consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana», 147. En complemento a lo referido en el texto principal, la autora indicó que, “los principios de consulta y consentimiento son fundamentales para los derechos de participación y libre determinación, y constituyen salvaguardias de todos los derechos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por actores externos.”

desarrollarse en cumplimiento al derecho a una consulta pre-legislativa libre e informada.<sup>20</sup>

No obstante, el 26 de enero de 2009, el órgano legislativo aprobó la Ley de Minería sin que previo a dicho procedimiento se haya garantizado el derecho a la consulta pre-legislativa, aun cuando la misma determinó temas de interés para las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas.

En consecuencia, Marlon René Santi Gualinga, presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador “CONAIE” y Yaku Pérez Guartambel, presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las parroquias Tarqui, Victoria Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, cada uno por su parte, presentaron acciones de inconstitucionalidad a fin de impugnar el contenido formal y material de la Ley de Minería<sup>21</sup>, por cuanto: (i) las actividades mineras concesionadas y por concesionarse se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; y, (ii) por no haberse realizado previamente la consulta pre-legislativa.

En sede constitucional las causas fueron signadas con los números 008-

09-IN y 11-09-IN. En virtud de que las demandas tenían identidad de sujeto pasivo, objeto y de acción, el Pleno de la Corte Constitucional dispuso su acumulación. Se resolvió la acción propuesta a través de la sentencia No. 001-10-SIN-CC dictada el 18 de marzo de 2010 la cual contempló varios parámetros respecto del derecho a la consulta pre-legislativa, los cuales se examinarán a continuación.

## 2.1. Sentencia 001-10-SIN-CC

De la revisión integral del precedente jurisprudencial se evidencia que las alegaciones de los accionantes, en lo principal, surgen de la presunta vulneración de los derechos colectivos prescritos en el artículo 57 de la CRE.

En este contexto, los accionantes consideraron que, la normativa impugnada vulneró su derecho a la propiedad, disposición, administración y conservación de sus tierras comunitarias y ancestrales, y a la consulta pre-legislativa al establecer:

- a La facultad de declarar de utilidad pública de predios para la exploración y explotación de minerales<sup>22</sup>;
- b La libertad de prospección en cualquier zona en la que se presuma la

20 OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2 de junio de 200, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 párr. 300, <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/indice.htm>. Lo mencionado, va en concordancia con el Informe referido, en el cual se recalca la obligación general de los Estados “de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta.”

21 Ley de Minería, Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

22 *Ibid.*, art. 15.

existencia de sustancias minerales, en la cual se estableció como excepciones únicamente a: (i) zonas protegidas; (ii) áreas comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras; (iii) zonas urbanas; (iv) centros poblados; (v) zonas arqueológicas; (vi) bienes declarados de utilidad pública; y, (vii) áreas mineras especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley<sup>23</sup>;

- c La constitución de servidumbres y el desarrollo de construcciones e instalaciones necesarias y complementaria para la actividad minera, sin considerar la falta de estudios de impacto ambiental;
- d La imposición de una actividad económica no sustentable la cual atenta contra sus medios de subsistencia, mismos que se fundan en el manejo de los recursos naturales no renovables<sup>24</sup>;
- e La aprobación de la ley en mención sin el cumplimiento de la consulta pre-legislativa.

Al respecto, la Corte Constitucional, a fin de garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico<sup>25</sup> expidió la sentencia interpretativa 0010-SIN-CC, la cual:

- a Afirmó que la consulta pre-legislativa es de carácter sustancial –al ser un derecho colectivo–.
- b Declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inc. 2, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería y en consecuencia estableció que, las

disposiciones referidas son válidas en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

- c Reiteró la obligatoriedad de que toda actividad minera deberá someterse a consulta previa en los territorios de la comunidades, pueblos y nacionalidades.

Las conclusiones referidas *ut supra*, se fundamentaron en actuaciones que, justificadas en la etapa de transición constitucional, garantizaron de forma imprecisa el derecho a la consulta pre-legislativa, a saber:

<sup>23</sup> *Ibíd.*, arts. 28 y 31.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, arts. 87-89.

<sup>25</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (En adelante, LOGJCC), Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 74.

## ACTUACIONES QUE SUSTITUYERON EL PROCESO DE CONSULTA PRELEGISLATIVA

<b>1</b>	El 22 de octubre de 2008 el Ministro de Minas y Petróleos puso en conocimiento de las autoridades gubernamentales, del presidente de la CONAIE y de la ciudadanía en general el proyecto de la Ley Orgánica de Minería.
<b>2</b>	El 2 de diciembre de 2008 representantes de varias comunidades, pueblos y nacionalidades solicitaron a la Asamblea Nacional: (i) se disponga el archivo de la Ley Orgánica de Minería por ser inconstitucional; y, (ii) se construyan espacios de diálogo entre diversos sectores sociales a fin de valorar la conveniencia de convertir al Ecuador en un país minero.
<b>3</b>	El 5 de diciembre de 2008 el presidente de la Federación Shuar solicitó al presidente de la Asamblea Nacional se reforme la Ley Orgánica de Minería.
<b>4</b>	El 18 de diciembre de 2008 por medio del Oficio No. OSO-LGG-AN se remitió al Presidente de la Asamblea Nacional las observaciones realizadas por el Movimiento Pachacutik a la Ley Orgánica de Minería.

Elaboración propia a partir de Sentencia 001-10-SIN-CC.

En este sentido, el Pleno del Organismo avaló el proceso legislativo *in examine* al considerar que el reconocimiento del derecho a la consulta pre-legislativa viene prescrito de forma general en la Carta Magna, y que la prerrogativa en mención fue aplicada directa e inmediatamente<sup>26</sup>. No obstante, evidenció la necesidad de contar con lineamientos específicos que permitan aplicar el derecho<sup>27</sup>, y a través de una sentencia aditiva determinó

varios requisitos y un procedimiento mínimo para su aplicación, hasta que el órgano competente emitiera la ley que regulara su ejercicio.<sup>28</sup>

En este contexto, esta práctica no ha sido lejana; es así que, la Corte Constitucional de Colombia al evidenciar en su ordenamiento jurídico la ausencia de normativa legal que permitiera garantizar los derechos colectivos consagrados en su Carta Política y ratificados por el

<sup>26</sup> CRE, art. 11.3.

<sup>27</sup> Renato Sotelo, La implementación de la consulta previa legislativa en el congreso peruano: Una tarea pendiente, *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad de San Martín*, n.º. 1 (2015):86, <https://www.usmp.edu.pe/derecho/cedh/revista/archivos/004.pdf>. En la misma línea, se indicó la importancia de contar con normativa infraconstitucional que permita efectivizar el derecho a la consulta pre-legislativa puesto que, “la ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta”.

<sup>28</sup> Corte Constitucional del Ecuador (En adelante, CCE), “Sentencia”, en *Causa No: 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010, 59.

Convenio 169 de la OIT<sup>29</sup>; ha optado por “llenar los vacíos legislativos a través de sentencias que han establecido subreglas útiles y necesarias”<sup>30</sup> para el ejercicio de derechos con poco o nulo desarrollo infraconstitucional.

En este orden de ideas, la jurisprudencia colombiana ha concordado con ciertos requisitos establecidos en la sentencia 001-10-SIN-CC, los cuales se circunscriben en el cumplimiento de tres condiciones:

- a. El Estado –Asamblea Nacional- debe organizar e implementar la consulta pre-legislativa dirigida a las comunidades, nacionalidades y pueblos<sup>31</sup>, antes que su texto sea conocido y/o aprobado<sup>32</sup>.
- b. El Estado no puede equiparar la consulta pre-legislativa con la consulta previa y ambiental.
- c. El Estado debe considerar si los pronunciamientos de las comunidades, nacionalidades y pueblos se refieren a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos<sup>33</sup>.

Al establecer los requisitos de procedencia, prosiguió con la determinación del procedimiento mínimo que el órgano legislativo debe aplicar para garantizar la constitucionalidad del trámite consultivo:

- a. Fase de preparación, la cual inicia con la expedición de un acto administrativo, el cual contiene (i) qué temas se consultarán; (ii) los posibles afectados por la adopción de la norma; y, (iii) el procedimiento que se aplicará para el desarrollo.
- b. Fase de convocatoria pública e inscripción de los participantes -comunidades, nacionalidades y pueblos posiblemente afectados-.
- c. Fase de información, misma que contempla la entrega oficial de la norma a consultarse, la documentación pertinente, las normas que regirán la consulta pre-legislativa y en general la entrega de información sobre el proceso.<sup>34</sup>
- d. Fase de deliberación interna de los participantes, la cual se desarrollará en base a sus costumbres y tradiciones.<sup>35</sup>

29 OIT Conferencia Internacional del Trabajo, *Convenio 169 Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, art. 1. La disposición determina que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) 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; [...]”.

30 Germán Cifuentes Sandoval et al., “La consulta previa en la jurisprudencia constitucional del Colombia: Análisis de línea entre 1997-2015”. *Justicia*, 33 (2018): 11-35. doi: doi.org/10.17081/just.23.33.2872

31 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia de 22 de mayo de 2006, Caso No. T-382/06*, 22 de mayo de 2006, párr. 1, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>. En este sentido, la institución en mención manifestó que “el gobierno puede echar una mano, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas”.

32 *Ibid.*, párr. 4. Asimismo, expresó que: “Uno de los escenarios en los que se agrupa el desenvolvimiento del derecho a la consulta pre-legislativa es la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el congreso”.

33 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia de 22 de octubre de 2002, Caso No. C-891/02*, 22 de octubre de 2002, párr. 2, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-891-02.htm>. Se señaló que “la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios”.

34 Sofía Jarrín, «Consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana», 146. Según Jarrín: La consulta debe ser informada, etapa que involucra el desarrollo de un proceso intercultural de difusión completa de toda la información que se desprende del desarrollo del proyecto legislativo, política pública o decisión político-administrativa que reporte beneficios e impactos a los pueblos indígenas. Además, recalca que, el Estado debe proporcionar dicha información a través de sus canales lingüísticos, en un plazo razonable y a través de instituciones representativas que convoquen a un número considerable de la población afectada

35 *Ibid.*, En cuanto al punto en mención Jarrín con fundamento en la sentencia del caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu

- e. Fase de análisis de resultados, misma que garantiza la instauración de una mesa de diálogo entre los actores del proceso, que permite la discusión y suscripción de consensos.
- f. Fase de cierre y presentación de resultados del proceso consultivo.

En este punto, es preciso recalcar que la Corte Constitucional, al establecer las fases que debe observar el proceso de consulta pre-legislativa, realizó una precisión que resulta primordial en el reconocimiento de los derechos colectivos, la cual se relaciona con el respeto de las “costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones de las comunidades, nacionalidades y pueblos”.

Dicho aporte, es meritorio en virtud de que se ha ceñido al criterio establecido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la cual ha reiterado la importancia que adquiere el procedimiento cuando es “coherente y adecuado a las tradiciones del pueblo indígena consultado”<sup>36</sup>

Por consiguiente, la preocupación que evidenció la Corte Constitucional respecto de la ausencia de normativa

especializada que permitiera garantizar el derecho a la consulta pre-legislativa, incidió en que dos años después el Consejo de Administración Legislativa emitiera el Instructivo para la aplicación de la consulta pre-legislativa (*Instructivo*) cuyo objeto se centró en “regular el ejercicio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio, titulares de derechos colectivos, a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que podría afectar de manera objetiva tales derechos”<sup>37</sup>.

Con los parámetros establecidos en la Sentencia 001-10-SIN-CC y adoptados en el Instructivo, se llevó a cabo el proceso de consulta pre-legislativa previo a la aprobación de la Ley de Recurso Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua<sup>38</sup>.

En reacción a (i) la emisión del Instructivo y (ii) al proceso de consulta pre-legislativa de la ley referida *ut supra* realizado con fundamento en el acto normativo en mención, el movimiento indígena ECUARUNARI y la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, de forma individual iniciaron una acción

---

vs. Ecuador añadió que, la consulta pre-legislativa debe ser “libre sin ningún tipo de coerción, intimidación, presión, fragmentación y manipulación externa como incentivos monetarios, por lo que debe establecerse mediante el diálogo y lograr acuerdos de buena fe, sin crear incidencia en su derecho interno.”

36 Sorily Figueroa Vargas et al., “El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia”, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, n.º. 36 (2019): 59-76. doi: <https://doi.org/10.22518/usergioa/jour/ccsh/2019.1/a04>.

37 Instructivo para la Aplicación de la Consulta prelegislativa, Registro Oficial 733, Suplemento, 27 de junio de 2012, art. 1.

38 Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua. Registro Oficial 305, Suplemento, 06 de agosto de 2014.

de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales<sup>39</sup>, alegando la falta de cumplimiento de la Sentencia 001-10-SIN-CC.

En este contexto, la actual conformación de la Corte Constitucional analizó las acciones puestas en su conocimiento y realizó consideraciones de trascendental importancia, lo que se detalla a continuación en el análisis de la sentencia 38-13-IS y acumulados.

## 2.2. Sentencia 38-13-IS y acumulados

El análisis constitucional que realizó el juez ponente<sup>40</sup> en la Sentencia 38-13-IS/19 en relación a la consulta pre-legislativa partió, en lo principal, de la alegación circunscrita en que el derecho referido fue regulado a través de un Instructivo, a pesar de que la sentencia presuntamente incumplida había dispuesto que se lo realice por medio de una ley.

Previo a analizar de forma integral la alegación expuesta en las demandas, la Corte Constitucional consideró pertinente determinar si en la Sentencia 001-10-SIN-CC se fijó una obligación que debía ser ejecutada.

En este contexto, se estableció que: (i) la consulta pre-legislativa no solo es un requisito previo *-sine qua non-* que condiciona la constitucionalidad de cualquier

medida de índole legislativa que pudiera afectar derechos colectivos, sino un derecho constitucional que debe ser garantizado por el Estado; y, (ii) la Asamblea Nacional mantiene la obligación de regular el derecho a la consulta pre-legislativa a través de una ley, bajo los parámetros referidos por la Corte Constitucional en la sentencia 001-10-SIN-CC.

Sobre el principal cargo, la Corte Constitucional consideró que el Instructivo no podía regular el ejercicio del derecho a la consulta pre-legislativa por dos razones:

- a. Si bien se constituye como un acto normativo, su naturaleza jurídica impide que regule aspectos no permitidos por la norma jerárquicamente superior.<sup>41</sup>
- b. La falta de delegación expresa por parte del legislador impidió que el Instructivo regule una materia con reserva de ley.

En razón de lo expuesto, se evidencia que el principal aporte que realizó la sentencia es la reiteración de que el derecho a la consulta pre-legislativa es de carácter material-sustancial y no formal; en virtud de lo cual, su ejercicio debe estar regulado exclusivamente a través de una ley orgánica y no en cualquier instrumento jurídico.

De tal modo que, al evidenciarse un incumplimiento proveniente de la inobservancia de una disposición

<sup>39</sup> LOGJCC, art. 162.

<sup>40</sup> Dr. Enrique Herrería Bonnet, juez constitucional posesionado ante la Asamblea Nacional el 05 de febrero de 2019.

<sup>41</sup> CRE, art. 133.

constitucional, la Corte exhortó a la Asamblea Nacional a que, en ejercicio de sus competencias<sup>42</sup>, expida la ley orgánica que regule el ejercicio del derecho a la consulta pre-legislativa.

### 2.3. Sentencia 023-17-SIN-CC

La causa No. 26-12-IN se originó por la demanda de inconstitucionalidad de acto normativo por el fondo y la forma iniciada por Carlos Pérez Guartambel, en calidad de coordinador de la Federación de Organizaciones Indígenas y Campesinas del Azuay y varios comuneros y ganaderos de la provincia del Azuay.

Por medio de esta acción impugnaron el Acuerdo Ministerial No. 041 de 2012 dictado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca y publicado en el Registro Oficial No. 698 de 8 de mayo de 2012, el cual contenía el Reglamento del Sistema de Identificación y Trazabilidad Animal del Ecuador SITA.

El principal argumento de la demanda se centró en la no realización de la consulta pre-legislativa a las comunas, comunidades y pueblos ancestrales del Austro a pesar de que las mismas se verían afectadas de forma directa por las medidas dispuestas en el Acuerdo Ministerial.

Si bien en este caso, la Corte consideró que no era necesaria la realización de la consulta pre-legislativa estableció consideraciones que aclaran el ámbito de aplicación de la consulta, entre ellas:

- a. La obligación de consultar no se extiende únicamente a los actos normativos que hayan seguido el procedimiento de la ley; sino también, *mutatis mutandis*, aquellos promulgados por las autoridades administrativas en uso de sus atribuciones<sup>43</sup>.
- b. Que no todo acto normativo que incida sobre personas que formen parte de una comunidad, pueblo o nacionalidad, debe obligatoriamente pasar por el procedimiento de consulta pre-legislativa, sino que se debe analizar las posibles afectaciones y los efectos jurídicos en uno de los derechos colectivos reconocidos.

### 2.4. Sentencia 20-12-IN

La causa No. 20-12-IN se originó por la demanda de inconstitucionalidad de acto normativo por el fondo y por la forma, iniciada por el representante de la Federación de Organizaciones de la Nacionalidad Kichwa de Sucumbíos Ecuador y otros. Por medio de la presente acción impugnaron el aspecto formal y material del Acuerdo Ministerial No. 80 expedido por el Ministerio del Ambiente el 12 de mayo de 2010, y publicado en el Registro Oficial No. 239 de 20 de julio de 2010.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, art. 84, 120 y 132.

<sup>43</sup> CCE, *Sentencia en Causa No: 0026-12-IN*, 26 de julio de 2017, 59. La cual añade de manera ejemplificativa que existen otros entes con facultad de expedir normas: presidente de la República, Consejo Nacional Electoral, gobiernos autónomos descentralizados, y ministros de Estado que expiden actos normativos con efectos generales a través de acuerdos y resoluciones.

Entre las afirmaciones de la inconstitucionalidad de la norma se encontraba que, previo a la emisión del Acuerdo Ministerial, se debió realizar una consulta pre-legislativa.

Sobre dicha alegación, mediante voto de mayoría la Corte Constitucional consideró que, previo a la declaratoria de bosque protector del Triángulo de Cuembi, se debió consultar a las nacionalidades kichwas, las cuales no solo se encuentran asentadas en la zona, sino que también se vieron afectadas por dicha declaración<sup>44</sup>.

Los aportes de esta sentencia al derecho a la consulta pre-legislativa se sintetizan en:

- a. La reiteración del criterio contenido en la sentencia 023-17-SIN-CC, en cuanto estableció que la Asamblea Nacional no es el único sujeto obligado a consultar previo la emisión de una ley, sino que el término “medidas legislativas” debe ser entendido en sentido amplio; es decir, a una interpretación más favorable para la plena vigencia de los derechos.
- b. La reafirmación de los parámetros establecidos en la sentencia 001-10-SIN-CC y 38-13-IS, extendidos en los siguientes puntos:
  - b.1. La finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas;

- b.2. Los compromisos alcanzados mediante este proceso deben ejecutarse de buena fe;

- b.3. El sujeto obligado a cumplir con el proceso de consulta es el Estado en todos sus niveles y no puede confundirse esta obligación con la “socialización” o el “entendimiento” que realicen terceros en los procesos de consulta<sup>45</sup>.

## 2.5. Sentencia 3-15-IA

Uno de los recientes pronunciamientos sobre el derecho *in examine*, ha sido el contenido en la sentencia 3-15-IA/20, la cual deviene de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la comuna Chichanga<sup>46</sup> en contra de la resolución institucional del Consejo Provincial de Loja de 16 de marzo de 2015 (“resolución”).

El principal argumento que acusó la inconstitucionalidad de la resolución fue la falta de celebración de la consulta pre-legislativa, previo a la emisión de la resolución que estableció los límites territoriales de los cantones Calvas y Sorozanga, los cuales dividieron sus territorios ancestrales. Asimismo, la comuna accionante recalcó que existieron procesos de “socialización” que cumplieron aspectos meramente informativos mas no consultivos, de tal modo que no se garantizó su derecho colectivo.

---

44 CCE, *Sentencia en Causa No: 20-12-IN*, 1 de julio de 2020, 21-23. En la cual los accionante señalan que la declaratoria de bosque protector afectó sus derechos (i) a la vivienda porque impidió la utilización de madera para las construcciones de sus viviendas; (ii) a la alimentación al prohibirse actividades de caza, pesca y agricultura; (iii) a la identidad cultural y derechos colectivos a las tradiciones ancestrales; y (iv) a mantener y desarrollar conocimientos colectivos, a mantener la posesión de sus tierras ancestrales y a conservar sus prácticas en el manejo del entorno natural.

45 CCE, *Sentencia en Causa No: 20-12-IN*, 1 de julio de 2020, 158.

46 CCE, *Sentencia en Causa No 3-15-IA*, 11 de noviembre de 2020, 16. En este apartado los accionantes se identifican como una comunidad indígena ancestral.

En el presente caso, la Corte Constitucional realizó varias consideraciones de gran importancia, las cuales se resumen en los siguientes ítems:

- a. El ámbito de protección del derecho a la consulta pre-legislativa no se limita a la adopción de medidas expedidas únicamente por la Asamblea Nacional sino, de manera general, a medidas normativas y administrativas<sup>47</sup>.
- b. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados tendrán la obligación de realizar la consulta pre-legislativa de conformidad con lo prescrito en la Constitución y en el artículo 325 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>48</sup>.
- c. La determinación previa que permita identificar de forma precisa si la adopción de medidas tiene la potencialidad de afectar derechos colectivos.
- d. La opinión de las comunidades, pueblos y nacionalidades es de trascendental importancia para determinar si la medida legislativa o administrativa reviste de una necesidad de aplicar un procedimiento de consulta pre-legislativa.<sup>49</sup>
- e. Los procesos informativos no reemplazan en lo absoluto al proceso de consulta pre-legislativa.

- f. Una de las finalidades de la consulta pre-legislativa es entablar acuerdos y de ser posible obtener el consentimiento no viciado de los comunidades, pueblos y nacionalidades, y no solamente agotarlo en el cumplimiento de un requisito “formal”.

Bajo los argumentos expuestos, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la resolución por evidenciar la vulneración del derecho colectivo a la consulta pre-legislativa.

### 3. Reflexiones sobre las sentencias que se han pronunciado sobre la consulta pre-legislativa

En el ámbito internacional, el Convenio 169 de la OIT<sup>50</sup> y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 2007<sup>51</sup> establecen la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas legislativas que afecten sus derechos o sus intereses, puesto que el incumplimiento o la omisión de las consultas genera responsabilidad para los Estados.

47 *Ibíd.*, párr. 86. Lo referido se asentó en la disposición fundamentada en el Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. OEA Asamblea General, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 14 de junio de 2016, AG/RES.2888, <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

48 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 325.

49 ONU Asamblea General, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos*, 10 de agosto de 2018, A/HRC/39/62 párr. 34, [https://www.conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares\\_dh/docs\\_estandares\\_dh/Mecanismo\\_Pueblos\\_Indgenas\\_Naciones\\_Unidas\\_informe\\_consentimiento\\_2018.pdf](https://www.conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares_dh/docs_estandares_dh/Mecanismo_Pueblos_Indgenas_Naciones_Unidas_informe_consentimiento_2018.pdf). El aporte señalado se sustentó en el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas el cual refirió que “La opinión de los pueblos indígenas de que se trate acerca de las posibles consecuencias más amplias de una decisión constituye el punto de partida para evaluar si una medida legislativa o administrativa o un proyecto que se refiera a sus tierras o territorios los afecta”.

50 Convenio 169 Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, arts. 6 y 7.

51 OEA Asamblea General, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 14 de junio de 2016, AG/RES.2888, art. 19.

Estos instrumentos internacionales sin duda alguna son el antecedente para que, en la Constitución del 2008, se establezca que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a “[s]er consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”<sup>52</sup>.

A pesar de la promulgación en el 2008 de la Constitución de Monstecristi, recién el 18 de marzo de 2010 contamos con una regulación procedimental de cómo debían llevarse a cabo este tipo de consultas, la cual se estableció en la sentencia 001-10-SIN-CC que fijó un procedimiento “*temporal*” hasta que la Asamblea Nacional expida definitivamente una regulación.

Bajo lo dispuesto en la sentencia 001-10-SIC-CC, la Asamblea Nacional emitió el Instructivo para la aplicación de la consulta pre-legislativa. No obstante, dicho acto normativo no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia, puesto que, al ratificarse la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa, el proceso de regulación debió realizarse a través de ley orgánica, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución y en concordancia con lo

señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>53</sup>.

Ante la inobservancia legislativa, la Corte Constitucional en su sentencia 38-13-IS/19, declaró el incumplimiento de la sentencia 0001-10-SIN-CC, en relación a la regulación del derecho a la consulta prelegislativa; por lo que exhortó a la Asamblea Nacional para que regule este derecho a través de ley orgánica, dentro del plazo máximo de un año, término que se cumplió el 13 de diciembre de 2020, sin que hasta la presente fecha se cuente con una norma legal de ese carácter que regule el procedimiento que garantice el ejercicio del derecho estudiado.

Es decir, han transcurrido aproximadamente 12 años desde la expedición de la Constitución sin que hasta la presente fecha exista una ley orgánica que regule tal procedimiento, lo que demuestra la deuda que tiene la Asamblea Nacional con las comunidades, nacionalidades y pueblos en el desarrollo de este derecho.

Por otro lado, de lo referido en las distintas sentencias que ha expedido la Corte Constitucional, se observa que de forma pretoriana se ha ido desarrollando este derecho a través

---

52 CRE, art. 57.17.

53 Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, párr. 273, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf). En este contexto, la Corte IDH ha reiterado que la regulación de derechos inclusivamente puede implicar la limitación de los mismos, no obstante, debe realizarse a través de una “ley en sentido formal y material”. Existe un pronunciamiento similar en Corte IDH, “Opinión Consultiva No. OC-6/86 de 9 de mayo de 1986”, La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, párrs. 26 y 27, [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf).

de la incorporación de estándares internacionales en sus decisiones.

En ese sentido, ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Constitución han establecido parámetros específicos de cómo se debe realizar la consulta, pues no existe una fórmula precisa para consultar a los pueblos indígenas, sino que debe adecuarse a las condiciones de cada país<sup>54</sup>. Por lo que la Corte ha desarrollado este derecho en el marco de nuestra Constitución y ha utilizado como fuentes: jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>55</sup>; las recomendaciones del comité de expertos de la OIT y los informes del relator especial de las Naciones Unidas.

A manera de ejemplo, esta Corte ha desarrollado que la consulta prelegislativa no sólo es un requisito de forma previo a la expedición de medidas legislativas o administrativas, en cuanto constituye una fase de su

procedimiento de aprobación, sino también, reconoce que la consulta pre-legislativa es un derecho constitucional de carácter sustantivo,<sup>56</sup> y bajo esa afirmación y en el ejercicio de sus competencias ha establecido ciertos parámetros que promueven el ejercicio de este derecho.

Así ha indicado, que el derecho a la consulta pre-legislativa es más amplio e integral y que no se limita a una simple participación en procesos de difusión, audiencias públicas o mesas de diálogo; adhiriéndose así a lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas<sup>57</sup>.

A pesar de que la sentencia 001-10-SIN-CC desarrolló el primer análisis sobre la naturaleza e importancia de contar con un procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta pre-

54 ONU Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, 2009, párr. 37, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.

55 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).

Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

56 Tal como se desprende de las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador establecidas en las sentencias: (i) 030-17-SIN-CC, 8 de noviembre de 2017; (ii) 0001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010; (iii) 38-13-IS/19, 13 de diciembre de 2019; y, (iv) 20-12-IN/20, 1 de julio de 2020.

57 ONU Asamblea General, *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, 2009, párr. 37, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.

OIT Consejo de Administración, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, 1989, núm. 169, GB.276/17/1; GB.282/14/3, párr. 90, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es)

ONU Asamblea General, *Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

En el mismo sentido, se ha referido la Corte Constitucional ecuatoriana en las sentencias No. 001-10-SIN-CC y 3-15-IA/20. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", 11 de noviembre de 2020. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", 18 de marzo de 2010.

legislativa, estableció los parámetros mínimos y suplió vacíos legislativos; esto no fue suficiente para justificar la constitucionalidad de la norma impugnada. Al contrario, el desarrollo de procesos informales de difusión de la norma, la instauración de pseudas audiencias públicas, mesas de diálogo o el intercambio de ideas por medio de documentos escritos, no garantizan *per se* el derecho a la consulta pre-legislativa; de tal modo que la Ley de Minería a la luz de lo establecido en los parámetros internacionales y constitucionales debió ser declarada inconstitucional.

En todo caso, el aporte que dejó la Corte Constitucional para el período de transición es valioso puesto que hasta la actualidad sus parámetros deben aplicarse, en virtud de que la autoridad competente no ha emitido una ley que determine el procedimiento para su aplicación.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional desde su jurisprudencia ha fijado parámetros que amplían contenido, tales como:

1. La indelegabilidad de la consulta, en concordancia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prohibición de delegar a una empresa privada o a terceros la realización de una consulta<sup>58</sup>.
2. El carácter previo, es decir que la consulta debe realizarse antes de que la norma produzca efectos jurídicos<sup>59</sup>.
3. La publicidad de la misma; sobre su naturaleza y alcance incluso la Corte Constitucional ha señalado que la información debe ser clara, accesible y, de ser necesario, transmitida a través de intérpretes autorizados o en un idioma que permita a los miembros de los pueblos y comunidades involucrados comprenderla de forma pleno, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup>.
4. La finalidad de la consulta como la realización de un proceso de participación ciudadana, que está estrechamente relacionada con otros derechos.
5. Todos los involucrados en el proceso de consulta están obligados a actuar de buena fe. Asimismo, los compromisos alcanzados mediante este proceso deben ejecutarse de buena fe,<sup>61</sup> lo que implica la obligación del Estado de tomar en cuenta los resultados de la consulta, y que la misma no quede como un requisito formal cumplido sino la búsqueda de un acuerdo u obtener un consentimiento.

---

58 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 187. En el apartado referido se establece que “la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”.

59 *Ibid.*, párr. 167. “Estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.”

60 OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía*, 29 de septiembre de 2019, Doc. 176, OAS/Ser.L/V/II, párr. 247; <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>; Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007, 127 y 128; Corte IDH, “Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)”, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012, 159-167.

61 OIT Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989, núm. 169, párr. 12, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf). En ese sentido, el Comité recalcó que la consulta debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Finalmente, esta Corte al momento de ampliar el ámbito de aplicación de las consultas pre-legislativas a medidas tanto normativas como administrativas, estableció que la ausencia en la Constitución de la mención de medidas administrativas se vio subsanada en tanto que el Convenio 169 sí lo contempló; es decir, reafirma que el Convenio 169 forma parte del bloque de constitucionalidad y en consecuencia también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es decir, la Corte Constitucional ha aportado con sus decisiones en el desarrollo de este derecho constitucional, puesto que estableció parámetros y estándares de la Convención y del Convenio 169 de la OIT, así como de otros instrumentos de *soft law*.<sup>62</sup> No obstante, corresponde que los órganos del Estado cumplan con las medidas dispuestas en pro de garantizar los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

#### 4. Conclusiones

La consulta pre-legislativa no solo es un requisito formal previo a la expedición de normas que afecten derechos o intereses de las

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sino que constituye un derecho sustancial, por lo que es obligación de la Asamblea Nacional regular este derecho a través de una ley orgánica en cumplimiento de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional.

La aplicación de la consulta pre-legislativa no se limita a normas que expide la Asamblea Nacional, sino que es un requisito a cumplir por toda entidad del Estado que emita tanto medidas normativas como administrativas que puedan afectar derechos colectivos.

El Convenio 169 de la OIT, así como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que las disposiciones contenidas en los mismos son de directa e inmediata aplicación.

La Corte Constitucional del Ecuador a través de sus sentencias ha agregado contenido al derecho a la consulta pre-legislativa, y ha establecido que previo a la realización de este tipo de consulta se cumpla con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de otros instrumentos de *soft law*.

62 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Dictámen", en *Causa No. 12-18-T1*, 9 de abril de 2019, párr. 93. En este dictamen, la Corte señaló que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al ser un instrumento internacional no requiere pasar por el proceso de aprobación legislativa y ratificación que debe atravesar un tratado internacional, por lo que no requieren tampoco de un control previo de constitucionalidad. No obstante, precisó que "las normas contenidas en la Declaración, se constituyen en normas mínimas para la supervivencia, dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas".

## 5. Bibliografía

### Doctrina

Arteaga, Catalina. *Modernización agraria y construcción de identidades, México*. Ciudad de México: Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2000. Edición para Kindle.

Cifuentes Sandoval, Germán et al. "La consulta previa en la jurisprudencia constitucional del Colombia: Análisis de línea entre 1997-2015". *Justicia* No. 33 (2018): 11-35. doi: doi.org/10.17081/just.23.33.2872.

Figuroa, Sorily et al. "El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia". *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, No. 36 (2019): 59-76. doi: <https://doi.org/10.22518/usergioa/jour/ccsh/2019.1/a04>.

Jarrín, Sofía. "Consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana". *Centro de Derechos, Económicos y Sociales CDES*, (2017): 146. [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57928339/Consulta\\_in\\_Consulta.pdf?1544008107=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DConsulta\\_in\\_consulta\\_avances\\_y\\_retroceso.pdf&Expires=1621212624&Signature=CDnTwVLNLz1WBNBr~rP3xJJ-KM7rMYn4pyMZpFgTeEzZjM4G~b1ujM5yc9DdKPrevCqFBP1~L0idS0sS3g~0p47mvkZ4lwFwdw6ieCiniQ~8DhK~-Q3e4WPAVLt4OaNh-E4AvEOzf0f0mUtaSLTvg0AluZkW0nj~GDWMLcz9SEEp18h~gF1~zv4Q7rcjn-qHhaiy8yT2-cggEpvYfL7dw-Mnk-TIiPE4-Er749GZnvHqx5VEpShf4MkO2YdB3LZ~RZCZgBSpV9aob738t~gQUY4MV~KfZsLO8WRDIJi7ovRZZypZVyWY3GYvA10Us2staaAtH9Sdoxma7FCCzOZhLA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57928339/Consulta_in_Consulta.pdf?1544008107=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DConsulta_in_consulta_avances_y_retroceso.pdf&Expires=1621212624&Signature=CDnTwVLNLz1WBNBr~rP3xJJ-KM7rMYn4pyMZpFgTeEzZjM4G~b1ujM5yc9DdKPrevCqFBP1~L0idS0sS3g~0p47mvkZ4lwFwdw6ieCiniQ~8DhK~-Q3e4WPAVLt4OaNh-E4AvEOzf0f0mUtaSLTvg0AluZkW0nj~GDWMLcz9SEEp18h~gF1~zv4Q7rcjn-qHhaiy8yT2-cggEpvYfL7dw-Mnk-TIiPE4-Er749GZnvHqx5VEpShf4MkO2YdB3LZ~RZCZgBSpV9aob738t~gQUY4MV~KfZsLO8WRDIJi7ovRZZypZVyWY3GYvA10Us2staaAtH9Sdoxma7FCCzOZhLA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).

LLasag, Raúl. *El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales*. Foro Revista de Derecho No. 12 (2009): 124 y 125.

Ludescher, Monika. *Tierras y territorios indígenas en América Latina: un estudio de los casos de Bolivia, Ecuador y Perú*. Ciudad de Berna: Peter Lang, 2014. Edición para Kindle.

OEA Asamblea General. *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 14 de junio de 2016. AG/RES.2888.

OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía*. 29 de septiembre de 2019. Doc. 176. OAS/Ser.L/V/II.<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>.

OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. 2 de junio de 200. Doc. 59. OEA/Ser.L/V/II.106. <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/indice.htm>.

OIT Conferencia Internacional del Trabajo. *Convenio 169 Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. 15 de mayo de 1998. <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/wp-content/uploads/2018/04/a2-convenio-169.pdf>.

OIT Conferencia Internacional del Trabajo. *C107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*. 5 de junio de 1957. núm. 107. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX\\_PUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C10](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C10).

OIT Consejo de Administración. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio*

- sobre pueblos indígenas y tribales presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores. 1989. Núm. 169. GB.276/17/1; GB.282/14/3. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es).
- OIT Departamento de Normas Internacionales de Trabajo. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*. 1989. núm. 169. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf).
- ONU Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- ONU Asamblea General. *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos*. 10 de agosto de 2018, A/HRC/39/62. [https://www.conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares\\_dh/docs\\_estandares\\_dh/Mecanismo\\_Pueblos\\_Indigenas\\_Naciones\\_Unidas\\_informe\\_consentimiento\\_2018.pdf](https://www.conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares_dh/docs_estandares_dh/Mecanismo_Pueblos_Indigenas_Naciones_Unidas_informe_consentimiento_2018.pdf).
- ONU Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.
- ONU Asamblea General. *Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 24 de abril de 2009. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>.
- ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional. *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1941. [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf)
- ONU Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos. *Vigilancia del ejercicio de los derechos civiles y políticos*. Organización de las Naciones Unidas. Accedido el 6 de abril de 2021. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.
- ONU Asamblea General. *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.
- Sotelo, Renato. “La implementación de la consulta previa legislativa en el congreso peruano: Una tarea pendiente”. *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad de San Martín*, No. 1 (2015):86, <https://www.usmp.edu.pe/derecho/cedh/revista/archivos/004.pdf>.

## Normativa

- Constitución de la Nación Argentina (Gaceta Oficial, 15 de diciembre de 1994).
- Constitución Política de Colombia (Gaceta Oficial, 4 de julio de 1991).
- Constitución Política del Perú (Gaceta Oficial, 29 de diciembre de 1993).
- Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.

Instructivo para la Aplicación de la Consulta prelegislativa, Registro Oficial 733, Suplemento, 27 de junio de 2012.

Ley de Minería. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

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

Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua. Registro Oficial 305, Suplemento, 6 de agosto de 2014.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Caso No. T-382/06, 22 de mayo de 2006. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>.

—Sentencia Caso No. C- 891/02. 22 de octubre de 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-891-02.htm>.

Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia en Causa No 3-15-IA*. 11 de noviembre de 2020.

— *Sentencia en Causa No: 20-12-IN*. 1 de julio de 2020.

— *Dictamen en Causa No. 12-18-TI*, 09 de abril de 2019.

— *Sentencia en Causa No: 0026-12-IN*, 26 de julio de 2017.

— *Sentencia en Causa No: 0008-09-IN y 0011-09-IN*. 18 de marzo de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. [https://www.corteidh.](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

[or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

—Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humano* [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf).

— *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).

—*Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones) Sentencia de 27 de junio de 2012. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

# La unidad jurisdiccional: su relación con la independencia judicial y las acciones constitucionales

**Por:** Esteban Javier Polo Pazmiño<sup>1</sup>

## Resumen

La Constitución ecuatoriana reconoce una serie de postulados de particular valía que son aplicables al sistema de administración de justicia; dentro de estos, destacan los principios de independencia y de unidad jurisdiccional. Aunque cada uno posee un contenido específico, el ejercicio jurisdiccional exige que sus principios sean leídos e interpretados de manera sistemática y no de forma aislada. Este trabajo aborda en conjunto estos postulados con el propósito de comprender su alcance y estrecha relación. Adicionalmente, analiza las potestades jurisdiccionales reconocidas en la Constitución en favor de órganos que no forman parte de la Función Judicial, con especial atención del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

A partir de este estudio, se identificarán las decisiones que ostentan carácter jurisdiccional a pesar de no provenir de tribunales y juzgados de la Función Judicial, elemento indispensable para definir qué acción constitucional cabe en contra de dichos actos u omisiones.

## Palabras clave

Jurisdicción, administración de justicia, unidad jurisdiccional, garantías jurisdiccionales, independencia judicial

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; diplomado en Derecho Procesal y Litigación por la Universidad Austral, Argentina; máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Se ha desempeñado como abogado en libre ejercicio, coordinador jurídico en la Corte Nacional de Justicia; coordinador de despacho y actualmente asesor de la Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente de posgrado en los programas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Universidad Católica de Cuenca. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.

## 1. Introducción

La inclusión del principio de unidad jurisdiccional en la Constitución de 1998 pretendió que el ejercicio jurisdiccional se concentre en los tribunales y judicaturas que conforman la Función Judicial, para evitar que órganos pertenecientes a otras Funciones o tribunales *ad hoc* ejerzan jurisdicción. En consecuencia, su reconocimiento buscó, entre otras cosas, superar la denominada justicia retenida, en la cual algunos órganos de la Administración Pública ejercían facultades jurisdiccionales<sup>2</sup>. La doctrina nacional ha reafirmado dicha finalidad, al considerar que “...lo que pretende [este principio] es que no se den más casos de justicia retenida, en que los órganos de la Función Ejecutiva o de los regímenes seccionales conserven potestades jurisdiccionales...”<sup>3</sup>.

La principal objeción que ha recibido la justicia retenida y que ha motivado su paulatina supresión, es la ausencia o debilitamiento de uno de los rasgos fundamentales que debe cumplir quien ejerce una potestad jurisdiccional: su necesaria independencia. Al respecto, un sector de la literatura jurídica especializada considera que en “...la justicia retenida

no existe independencia de quienes resolvían los conflictos, respecto de quien ostenta y ejerce el poder político y administrativo, por la sencilla razón de que son agentes del gobernante...”<sup>4</sup>.

En este sentido, el principio de unidad jurisdiccional se relaciona directamente con la independencia judicial pues obliga a que la resolución de las disputas con relevancia jurídica suscitadas en la sociedad, sea el resultado de procesos sometidos ante autoridades jurisdiccionales no dependiente de otras funciones y entidades del Estado, a las cuales inclusive están llamadas a juzgar.

Ahora bien, el principio de unidad jurisdiccional no es absoluto, dado que la misma Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) reconoce entidades e instancias a las que otorga potestad jurisdiccional a pesar de no formar parte de la Función Judicial. Las decisiones dictadas como consecuencia de este ejercicio, implican la resolución de controversias con fuerza vinculante y efecto de cosa juzgada, por lo cual tienen carácter jurisdiccional, aunque no sean emitidas por judicaturas de la Función Judicial.

2 Eduardo García de Enterría, «La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva», *Revista de Administración Pública* n.º179 (2009): 173, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3050220>.

3 Santiago Andrade Ubidia, «La Función Judicial en la vigente Constitución de la República», en *La Nueva Constitución del Ecuador*, ed. por Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2009), 250.

4 Ciro Güecha Medina, *Derecho Procesal Administrativo* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 40.

Pese a que toda potestad jurisdiccional debe estar prevista explícitamente en la Constitución, en más de una ocasión han existido dudas y confusiones en el foro jurídico ecuatoriano sobre ciertas dependencias y organismos a los que equivocadamente se les ha reconocido una supuesta potestad jurisdiccional o estos han interpretado que la tienen, sin que la Constitución así lo haya establecido.

Dilucidar este aspecto, en mi opinión, es medular y tiene una repercusión importante en la práctica procesal constitucional; específicamente, en lo relativo al ámbito de las acciones de protección y extraordinaria de protección. Esto, por cuanto la determinación correcta de cuál garantía jurisdiccional procede en cada caso, necesariamente está en función de si la decisión que se impugnará tiene o no carácter jurisdiccional.

En caso de que el acto u omisión que vaya a ser impugnado en instancia constitucional provenga de un proceso jurisdiccional, procederá una acción extraordinaria de protección, que constituye la única garantía jurisdiccional que según el diseño constitucional ecuatoriano

cabe en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia<sup>5</sup>. Mientras que, si el acto o la omisión del poder público a la cual se imputa la afectación de derechos constitucionales no tienen carácter jurisdiccional, procederá una acción de protección<sup>6</sup>, siempre que los derechos no estén amparados por otra garantía específica<sup>7</sup>.

En tal virtud, la determinación de la garantía jurisdiccional apta para cada escenario depende de la naturaleza jurídica de las decisiones que se pretendan impugnar; motivo por el cual, es fundamental que exista certeza sobre los actos que sí tienen carácter jurisdiccional en nuestro país. La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) ha contribuido sustancialmente para zanjar las interrogantes y discusión sobre esta temática.

A lo largo del presente trabajo se precisará, como aspecto inicial, la sólida relación entre el principio de unidad jurisdiccional y la independencia judicial, para posteriormente desarrollar las otras potestades jurisdiccionales e identificar su vía de impugnación en sede constitucional.

5 CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 437.

6 *Ibíd.*, art. 88.

7 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (En adelante, LOGJCC). Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 39.

## 2. La independencia judicial

La independencia es un elemento indispensable que debe caracterizar a toda autoridad jurisdiccional, pues garantiza que la resolución de una contienda judicial no esté condicionada a la presión o injerencia de otro tipo de intereses; en otras palabras, significa “...que debe eliminarse la intervención de poderes y funcionarios de otros órganos (...) lo mismo que de intereses políticos y de cualquiera otra clase, en la tarea de administrar justicia”<sup>8</sup>.

La CRE consagra la independencia judicial a partir de una dualidad. Por un lado, se le reconoce como un principio aplicable a la administración de justicia<sup>9</sup>; y, por otro, como una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, que procura que las partes de un proceso sean juzgadas por “...una jueza o juez independiente...”<sup>10</sup>. Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha complementado estas dos visiones y en su jurisprudencia agrega que la independencia se concibe también como un derecho subjetivo de los juzgadores, pues constituye una garantía sustancial para el desempeño de sus funciones<sup>11</sup>.

Como principio aplicable al sistema de administración de justicia, el art. 168.1 de la CRE, a su vez, distingue la independencia interna y externa. Al respecto, la CCE ha advertido que:

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 Judicial<sup>12</sup>.

Bajo estas consideraciones, la independencia externa se refiere al diseño orgánico del Estado, dentro del cual, los operadores judiciales no son dependientes de otras instancias del poder público. En esta misma línea, el profesor Hernán Salgado ha expresado que esta faceta del principio “...permite realizar sus funciones sin interferencias extrañas, menos aun de quienes ejercen autoridad (...) sin que la política u otras influencias puedan torcer la correcta administración del derecho...”<sup>13</sup>.

8 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 102.

9 CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 168.1.

10 *Ibid.*, art. 76.7.k).

11 Corte IDH. *Caso de la 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. 144.

12 CCE. *Sentencia 3-19-CN/20*, 29 de julio de 2020, párr. 24.

13 Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador* (Quito: ILDIS, 1987), 78.

En consecuencia, la concentración del ejercicio jurisdiccional, como regla general, en una Función específica y especializada para el efecto, viabiliza la independencia del juzgador, quien no actúa como un órgano dependiente de una autoridad que puede ser parte de un litigio.

Así mismo, la relación entre ambos principios materializa la garantía constitucional de ser juzgado por una jueza o juez independiente, ya que al excluir la antes referida justicia retenida o tribunales *ad hoc*, se diseña un sistema que impide que órganos dependientes de instancias o Funciones que pudieran ser parte de una contienda de relevancia jurisdiccional, resuelvan dichos litigios.

### 3. El principio de unidad jurisdiccional y otras potestades jurisdiccionales

Como quedó anotado, la unidad jurisdiccional constituye un principio que incide directamente en el ejercicio jurisdiccional. La jurisdicción conlleva la potestad pública para resolver una controversia con relevancia jurídica y ejecutar lo decidido. La doctrina procesal ha definido a la jurisdicción como aquella

(...) función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución<sup>14</sup>.

Como se indicó anteriormente, la unidad jurisdiccional viabiliza la independencia judicial, pues su propósito es evitar que tribunales especiales u orgánicamente dependientes de otras instancias del poder público, ejerzan jurisdicción para resolver litigios con relevancia jurídica. La doctrina, en este contexto, es enfática en advertir que el principio de unidad jurisdiccional está reñido con la existencia de "...tribunales ad hoc (...)" que no sean la genuina expresión de la potestad jurisdiccional como poder independiente del Estado<sup>15</sup>.

El principio de unidad jurisdiccional fue reconocido en el país<sup>16</sup> en la Constitución Política de 1998<sup>17</sup> y paulatinamente se han suprimido los rezagos de la denominada justicia retenida. La justicia militar o los tribunales de menores son algunos

14 Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Editorial B de F, cuarta edición, 2019), 34.

15 Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, decimosexta edición, 2018), 713.

16 Al respecto, Rafael Oyarte advierte que: "Al principio de unidad jurisdiccional se lo consagra expresamente desde la reforma constitucional de 1983, aunque con un señalamiento inexacto, pues se lo confundió con el principio de impugnación judicial de actos administrativos". *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición, 2019), 925.

17 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

ejemplos de autoridades que ejercían jurisdicción y que eran parte de otras funciones del Estado. Vale señalar que, además, no siempre estas autoridades tenían formación jurídica, por lo que la unidad jurisdiccional buscó también la profesionalización del ejercicio jurisdiccional. Por ejemplo, los tribunales de menores eran integrados, además de un abogado, por médicos, psicólogos o trabajadores sociales<sup>18</sup>.

El art. 191 de la Constitución Política de 1998, en su parte pertinente, establecía que: “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional”. Por su parte, el art. 167 de la CRE determina que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por lo demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

Tradicionalmente, este principio fue concebido de manera absoluta, esto es, que ninguna autoridad ajena a la Función Judicial podía ejercer potestad jurisdiccional. Por ello, si la Constitución confería esta potestad a cualquier otro órgano extraño a la Función Judicial, lo hacía como una

excepción a dicha generalidad. No obstante, el contenido del principio ha variado en el transcurso del tiempo para cierto sector de la doctrina, y se acepta que la jurisdicción sea ejercida por los jueces y tribunales de la Función Judicial y también por otros órganos distintos que estén previstos en la Constitución, pero no necesariamente como excepción.

A la luz de la Constitución vigente, en la doctrina nacional no existe consenso sobre si estos órganos ajenos a la Función Judicial son excepciones al principio de unidad jurisdiccional, o si es más apropiado denominarlos y caracterizarlos como otras potestades jurisdiccionales, sin catalogarlos como excepciones. Para justificar esta segunda posición, se alude a que la CRE, a diferencia de su predecesora de 1998, no establece una unidad jurisdiccional absoluta sino atenuada<sup>19</sup>. Según esta visión, es más apropiado referirse a excepciones del principio cuando se lo concibe de forma absoluta; mientras que, al reconocerse de forma atenuada, no serían excepciones sino otras jurisdicciones. Al respecto, La CCE ha señalado que:

(...) la Constitución de la República contempla el principio

---

<sup>18</sup> Código de Menores. Registro Oficial Suplemento 995, 7 de agosto de 1992 (Derogado el 3 de marzo de 2003), art. 218: “En las capitales de provincia habrá, por lo menos, un Tribunal de Menores con competencia provincial, integrado por tres vocales: un abogado, que lo presidirá, un médico y un educador y/o psicólogo. Todos los tribunales del país contarán con un Equipo de Trabajo Social. El Ministerio de Bienestar Social podrá crear tribunales de menores en las cabeceras cantonales o en los lugares en que fueren necesarios, a pedido de la Corte Nacional de menores, con la competencia determinada por este Organismo (...)”.

<sup>19</sup> María Elena Jara, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 44.

de unidad jurisdiccional. Según este principio, únicamente los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial tienen la atribución de administrar justicia, además de las excepciones establecidas en la propia Constitución (...) conforme con el marco constitucional vigente, la potestad de administrar justicia solamente recae en: i. Jueces, tribunales y cortes que forman parte de la Función Judicial; y, ii. Los demás órganos a los cuales el constituyente, explícitamente, les dotó de esta potestad”<sup>20</sup>.

En tal virtud, la Corte sí ha calificado a las otras potestades jurisdiccionales como excepciones al principio de unidad jurisdiccional. Sin embargo, más allá de su denominación, lo importante es comprender que la CRE es la única fuente que contempla taxativamente los órganos que ejercen jurisdicción en el país; motivo por el cual, se concluye que la jurisdicción es una atribución que puede ser conferida única y exclusivamente por la Constitución.

Esta conclusión es particularmente importante, toda vez que incluso el legislador estaría prohibido de otorgar jurisdicción a otros organismos o autoridades diferentes a los juzgados y tribunales de la Función Judicial y a las entidades expresamente previstas por el Constituyente. Por consiguiente, en

función de lo indicado, la única forma de atribuir jurisdicción a un órgano distinto a los ya previstos, sería por intermedio de un procedimiento de enmienda o reforma al texto supremo.

Cabe precisar que en varios ordenamientos jurídicos la Función Judicial no está compuesta solamente por juezas, jueces y tribunales; sino que además suelen establecerse otros órganos que cumplen funciones relacionadas pero distintas al ejercicio jurisdiccional como tal. La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, determina que la Función Judicial, además de los órganos jurisdiccionales, está integrada por el Consejo de la Judicatura (órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina); Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado (órganos autónomos); y, servicio notarial, martilladores y depositarios judiciales (órganos auxiliares)<sup>21</sup>.

Por ello, es indispensable distinguir a los órganos de la Función Judicial que sí tienen naturaleza jurisdiccional de aquellos que no, pues el principio de unidad jurisdiccional implica que solamente las juezas, jueces y tribunales estén habilitados para dirimir controversias de relevancia jurídica, pero de modo alguno conlleva que esta potestad se haga extensiva a otros órganos no jurisdiccionales de la misma Función.

20 CCE, *Sentencia 60-11-CN/20*, de 6 de febrero de 2020, párr. 55 y 56.

21 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 178.

En este contexto, el art. 178 de la CRE detalla cuáles son los únicos órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, a saber: i. Corte Nacional de Justicia; ii. Cortes Provinciales; iii. Tribunales y juzgados; y, iv. Jueces de paz.

En consecuencia, a la luz de la Constitución estas son las únicas dependencias que ejercen jurisdicción dentro de la Función Judicial. Así, al momento de referirse a la unidad jurisdiccional lo apropiado es puntualizar que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, recae específicamente en los órganos jurisdiccionales y no de manera general en la Función Judicial, ya que dentro de ésta hay otros órganos no jurisdiccionales.

Anotado aquello, se analizarán a continuación las potestades jurisdiccionales previstas en la CRE en favor de órganos diferentes a los de la Función Judicial, así como sus medios de impugnación en la vía constitucional.

### 3.1. La justicia indígena

El art. 171 de la CRE reconoce que: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres...”. Esta jurisdicción, reconocida también en la Constitución Política de 1998, tiene como sustento principal el carácter intercultural y plurinacional del Estado ecuatoriano<sup>22</sup>, además de normativa reconocida en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT.

Dicha calificación del Estado se materializa, además, en el reconocimiento del derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario...”<sup>23</sup>. Al respecto, la doctrina ha advertido que,

(...) tenemos una diversidad tanto en los temas que resuelve la justicia indígena, como en las autoridades, los procedimientos, los casos, las sentencias y las sanciones. Esta diversidad hace que sea más correcto hablar de justicia indígena en plural, es decir, de justicias indígenas tal y como sugiere la expresión ‘normas y procedimientos propios’<sup>24</sup>.

En el dictamen 5-19-RC/19, la CCE acogió aquel criterio y ratificó que las distintas manifestaciones de la justicia indígena se basan en

<sup>22</sup> CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 57.8.

<sup>24</sup> Boaventura de Sousa Santos, «Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad», en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez (Quito: Ediciones Abya Yala, 2012), 21.

la protección de la diversidad de sistemas jurídicos en cada una de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. También, la Corte reafirmó que el reconocimiento de esta jurisdicción procura “...una esfera de autonomía que excluye la intromisión del Estado en el desarrollo, mantenimiento y aplicación de sus instituciones y sistemas jurídicos propios”<sup>25</sup>.

En razón de la autonomía de este sistema de administración de justicia, el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ) establece el principio “pro jurisdicción indígena”<sup>26</sup> y plantea la obligación de que las juezas y jueces que conozcan sobre la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas declinen su competencia si existe una petición de la autoridad indígena en tal sentido<sup>27</sup>. Respecto de este último mecanismo procesal, la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) verificada la existencia del proceso de justicia indígena la jueza o juez ordinario no puede negarse a declinar su competencia, pues de otra forma, la justicia indígena quedaría supeditada al reconocimiento que esta haga la misma jueza o juez ordinario. Esto vulneraría el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena<sup>28</sup>.

Ahora bien, el mismo art. 171 de la CRE, en su parte pertinente, determina que las decisiones expedidas por las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción respetarán la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, por lo que se establece que “...estarán sujetas al control de constitucionalidad”. Por este motivo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) diseña una acción extraordinaria de protección específica que procede en contra de este tipo de decisiones.

El art. 66 de la LOGJCC plantea un conjunto de principios que deberá observar la CCE para conocer y resolver una acción de esta naturaleza; entre ellos, destacan la interculturalidad, el pluralismo jurídico y la autonomía; así mismo, diseña un procedimiento específico que incluye la celebración de una audiencia pública ante el Pleno de la Magistratura, cuyo juez sustanciador podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena, así como recibir opiniones especializadas en esta temática<sup>29</sup>.

Bajo estas consideraciones, el marco constitucional ecuatoriano reconoce a la jurisdicción indígena “dentro de su ámbito territorial”<sup>30</sup> como

25 CCE, *Dictamen 5-19-RC/19*, 4 de septiembre de 2019, párr. 32.

26 COFJ, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009, art. 344.d.

27 *Ibíd.*, art. 345.

28 CCE, *Sentencia 134-13-EP/20*, 22 de julio de 2020, párr. 55.

29 LOGJCC, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 66.

30 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.

un sistema complejo de administración de justicia en esta materia, que se compone a su vez del derecho propio de cada una de las comunidades, nacionalidades y pueblos.

### 3.2. La justicia electoral

La CRE diseña un esquema del Estado a partir de cinco Funciones. Una de ellas es la Electoral, la misma que a su vez se conforma por dos órganos: el Consejo Nacional Electoral (en adelante, CNE) y el Tribunal Contencioso Electoral (en adelante, TCE)<sup>31</sup>.

Según el art. 221 de la CRE, las principales atribuciones del TCE son la resolución de recursos electorales en contra de actos del CNE y de los organismos desconcentrados; como también, los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. Así mismo, tiene facultad para sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.

Su naturaleza y el carácter jurisdiccional de sus decisiones están reconocidos en la misma disposición constitucional, que en su parte final determina: “Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, art. 217.

<sup>32</sup> CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 94 y 437.

Resulta evidente, entonces, que la CRE atribuye potestad jurisdiccional en esta materia al TCE. De esta manera, el Constituyente instituyó un órgano que ejerza jurisdicción dentro de la misma Función Electoral, para resolver en última instancia asuntos exclusivos en esta materia. Al ser el órgano de cierre en materia electoral, el TCE constituye una de las altas cortes en el Ecuador, junto con la Corte Nacional de Justicia en la jurisdicción ordinaria y la CCE en asuntos de carácter constitucional.

Esta condición del TCE ha provocado en más de una ocasión fricciones entre la jurisdicción electoral y su control por parte de la justicia constitucional. Desde su temprana jurisprudencia, la CCE respondió los argumentos del TCE que consideraban que sus decisiones no podían ser impugnadas mediante acción extraordinaria de protección, a pesar de que la CRE establece como objeto de esta garantía a las sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, dictadas en procesos en los que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios<sup>32</sup>.

En efecto, la primera decisión expedida por la Corte Constitucional para el período de transición, en el marco de una acción extraordinaria de protección, fue la sentencia 001-09-SEP-CC de 31 de marzo de 2009, que resolvió una acción propuesta en contra de un fallo del TCE. La Corte,

en aquella oportunidad, señaló: “Dentro de la revisión de sentencias se encuentran inmiscuidas las que emita el Tribunal Contencioso Electoral, ya que esta función del Estado pronuncia fallos de última y definitiva instancia, con carácter jurisdiccional...”<sup>33</sup>.

Ahora bien, para contextualizar este asunto es importante recordar que, a partir de la entrada en vigor de la CRE, el entonces Tribunal Constitucional se proclamó Corte Constitucional para el período de transición<sup>34</sup> y expidió la normativa que regularía el ejercicio de sus atribuciones hasta que se dicte la Ley de la materia correspondiente. Este cuerpo de normas se denominó “Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición” y estuvo vigente hasta la publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en octubre de 2009.

Este aspecto es sumamente relevante, pues dichas Reglas no establecieron ninguna limitación normativa para que pueda plantearse una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones expedidas por el TCE. No obstante, la LOGJCC sí reguló este asunto y, dentro de los parámetros de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección,

prescribió en el art. 62.7 que la Sala de Admisión de la CCE verificará: “Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales...”.

La inclusión de este parámetro de admisibilidad profundizó las tensiones entre la CCE y el TCE y generó varias dudas sobre su alcance. En concreto, una interpretación podía ser que no cabía formular la acción mientras esté en marcha y hasta que concluya un proceso electoral, independientemente de si la decisión del TCE versaba sobre un asunto relacionado directamente con un asunto electoral de aquel proceso. Mientras que otra interpretación posible, planteaba que sin perjuicio del tiempo en que se presente la acción, la prohibición se relacionaba con que no se dirija en contra de un fallo del TCE vinculado directa y materialmente con determinado asunto electoral del proceso correspondiente.

Otro elemento relevante es que en el año 2020 se reformó<sup>35</sup> el art. 62.7 de la LOGJCC; específicamente, se sustituyó la frase “procesos electorales” por “el período electoral”, lo cual no zanjó del todo las dudas planteadas anteriormente. Tampoco la jurisprudencia de la Corte resolvió explícitamente el alcance de la

<sup>33</sup> CCE, *Sentencia 001-09-SEP-CC*, 31 de marzo de 2009.

<sup>34</sup> Resolución del Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición, Registro Oficial Suplemento 451, 22 de octubre 2008.

<sup>35</sup> Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia. Registro Oficial Suplemento 134, 3 de febrero de 2020.

prohibición establecida en el art. 62.7 de la LOGJCC, sino hasta la emisión de la sentencia 1651-12-EP/20.

En dicho caso el TCE nuevamente cuestionó la competencia de la CCE para revisar los fallos de la justicia electoral. Frente a esto, la Corte dedicó una sección específica de la sentencia para analizar este asunto y definir el ámbito de la acción extraordinaria de protección en contra de decisiones expedidas por el TCE, a la luz de la CRE y particularmente del objeto de esta garantía jurisdiccional.

La sentencia 1651-12-EP/20 descartó la posición del TCE sobre la improcedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de sus fallos; de la misma forma que negó que la CCE pueda invadir atribuciones exclusivas de la jurisdicción electoral. La Corte puntualizó que su función no es reemplazar ni invadir la actividad de los órganos electorales, sino proteger los derechos constitucionales que pudieran ser menoscabados en una decisión del TCE. Así, sobre el parámetro legal de admisión, la sentencia determina que:

(...) para analizar la admisibilidad de una acción extraordinaria de protección contra decisiones del TCE debe realizarse un análisis integral de la acción presentada (...) y no aplicar de forma aislada o restrictiva el artículo 62.7 de la LOGJCC. Esto es, la acción 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 (...) <sup>36</sup>.

Esta decisión de la CCE contribuye sustancialmente para la comprensión del ámbito del control de los fallos del TCE a través de la acción extraordinaria de protección; además, este asunto coadyuva al ejercicio óptimo de atribuciones entre las jurisdicciones electoral y constitucional, lo cual promueve un dialogo entre estas altas cortes, que a su vez se traduce en el fortalecimiento de su institucionalidad.

### 3.3. El arbitraje

El arbitraje está previsto en la CRE como un medio alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, no toda controversia es susceptible de ser sometida a un proceso arbitral, pues el texto constitucional reserva esta jurisdicción para las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir <sup>37</sup>.

La transacción, por lo tanto, es un elemento constitucional indispensable para que pueda someterse un conflicto con relevancia jurídica al

<sup>36</sup> CCE, *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020, párr. 70.

<sup>37</sup> CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 190.

arbitraje. Al respecto, se ha indicado que la "...exigencia de que el arbitraje solo pueda pactarse sobre la materia transigible se explica, conforme se ha visto, por la necesidad de impedir que la autonomía de la voluntad invada los espacios de lo irrenunciable"<sup>38</sup>, con lo cual, solamente podrán ser objeto de arbitraje las disputas en las que las partes puedan disponer del derecho en litigio.

Puntualizado aquello, se puede considerar al arbitraje como "...una jurisdicción escogida por las partes, en los casos permitidos por el ordenamiento jurídico, y son ellas las que pueden, por el principio de autonomía de la voluntad privada, escoger las reglas aplicables al procedimiento que regirá el arbitraje"<sup>39</sup>.

Han existido criterios que desconocen que los árbitros ejerzan jurisdicción, o que advierten que su ejercicio es parcial; aquello, bajo el argumento de que, aunque los árbitros juzguen y, por tanto, resuelvan controversias, no las puedan ejecutar directamente.

Ciertamente, el art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>40</sup> (en adelante, LAM) establece que los laudos arbitrales tienen efecto de

sentencia ejecutoriada y autoridad de cosa juzgada; prescribe, además, que se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, esto es, mediante un proceso judicial de ejecución. Sin embargo, en mi criterio aquello no justifica desconocer su naturaleza jurisdiccional, puesto que el motivo de fondo por el cual los árbitros no pueden ejecutar directamente sus decisiones es porque un régimen de Derecho se basa en el monopolio de medios de coacción legítimos en manos del Estado.

De ahí que los árbitros acudan ante una autoridad judicial para que se ejecute lo decidido; no obstante, en el fondo, el litigio sometido a arbitraje sí es resuelto con efecto de cosa juzgada y se prevé en el ordenamiento jurídico su mecanismo de exigibilidad, lo cual se traduce en un ejercicio jurisdiccional con algún matiz, pero jurisdiccional al fin.

En este orden de ideas, los laudos arbitrales constituyen resoluciones con fuerza de sentencia, tal como lo dispone el art. 32 de la LAM; por este motivo, son susceptibles de ser impugnados mediante acción extraordinaria de protección, siempre que también se cumplan los otros requisitos previstos para el efecto.

38 Juan Pablo Aguilar, «Derecho administrativo y transigibilidad», *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 6 (2015): n.º 261, <http://iea.ec/pdfs/2014/10/Aguilar.pdf>.

39 Vanesa Aguirre Guzmán, «El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprendida», *Juris Dictio* n.º 22 (2018): 40, <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1194>.

40 Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, 14 de diciembre 2006.

Cabe resaltar que otra de las exigencias para que proceda una acción extraordinaria de protección es la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso en el cual se origina la decisión impugnada. Por ende, en el caso de los laudos arbitrales, lo que generaba dudas en la práctica procesal era si para acudir a la acción extraordinaria de protección se requería agotar previamente la acción autónoma de impugnación prevista en el art. 31 de la LAM. La CCE esclareció este asunto en las sentencias 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19, en el año 2019.

En ambas decisiones, la Corte aclaró en qué escenario cabe presentar directamente la acción extraordinaria de protección en contra del laudo arbitral y cuándo corresponde agotar la acción de nulidad previamente, lo cual daría lugar a un proceso judicial. La primera sentencia estableció: "...que las causales establecidas expresamente en el artículo 31 de la LAM deben ser agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas"<sup>41</sup>. Lo dicho fue complementado por el segundo fallo, en el que se determina que "... cuando se presente la extraordinaria de protección de forma directa contra

el laudo, la accionante tiene la carga de demostrar lo inadecuado e ineficaz de la acción de nulidad..."<sup>42</sup>.

Con ello, la CCE se decantó por configurar a la acción extraordinaria de protección como una acción residual que exige el agotamiento de recursos y acciones autónomas de impugnación. En el caso de estas acciones solamente se exige su agotamiento siempre que la infracción que se vaya a alegar encuadre en las causales taxativas de las acciones de impugnación. El punto de vista de la Corte es compartido por la doctrina especializada, que estima que:

(...) dentro de las acciones autónomas de impugnación, la gran mayoría contiene un listado taxativo de los casos en las cuales procede. Por ello resulta lógico e incluso coherente con el más elemental principio de economía procesal que, si el vicio que se pretende alegar ante la Corte Constitucional no se subsume dentro de ninguna de las causales de procedencia de la acción autónoma de impugnación, no se exija que quien considera que ha sufrido la vulneración de sus derechos tenga que agotar innecesariamente una vía que no es adecuada para alegar ese vicio<sup>43</sup>.

Por consiguiente, el laudo arbitral constituye una resolución con fuerza de sentencia que deviene del ejercicio jurisdiccional expresamente conferido en la CRE en favor de los árbitros; por lo tanto, los laudos sí puede ser objeto de una acción extraordinaria de

41 CCE, *Sentencia 323-13-EP/19*, 19 de noviembre de 2019, párr. 38.

42 CCE, *Sentencia 31-14-EP/19*, 19 de noviembre de 2019, párr. 55.

43 Juan Francisco Guerrero, *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección ¿Un presupuesto material o procesal?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Serie Magister No. 217, 2017), 59.

protección al tenor de lo indicado en los párrafos previos.

En contraposición, dado su carácter jurisdiccional, no cabe formular una acción de protección en contra del laudo arbitral. La CCE ha ratificado aquello, reiterando que “...las decisiones que se dicten en el marco de un proceso arbitral, son de carácter jurisdiccional, por lo que incluso ha reconocido el control constitucional de laudos arbitrales mediante la acción extraordinaria de protección”<sup>44</sup>. Inclusive, en esta decisión, se resolvió que la sentencia impugnada vulneró los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso, por cuanto declaró con lugar una acción de protección que fue planteada en contra de un laudo arbitral.

### 3.4. Los tribunales de conciliación y arbitraje en materia laboral colectiva

Dentro de los principios que sustentan el derecho al trabajo, el art. 326.12 de la CRE establece: “Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”. Así, la Constitución distingue la resolución de los conflictos individuales y colectivos de trabajo. Esta distinción, según la Corte, se justifica:

(...) en la medida en que el ordenamiento jurídico reconoce que son dos tipos de controversias distintas, tanto por sus partes intervinientes (organizaciones de trabajadores por un lado y trabajadores individuales por otro) como por su objeto (protección de derechos y beneficios laborales obtenidos colectivamente por un lado y derechos individuales por otro), lo cual marca diferencias en su tramitación<sup>45</sup>.

De este modo, el constituyente reconoció que los conflictos colectivos se someterán a una jurisdicción diferente que la impartida por la Función Judicial. Los tribunales de conciliación y arbitraje tienen una configuración tripartita; en primera instancia, el tribunal está compuesto por cinco vocales “...el inspector del trabajo, quien lo presidirá, dos vocales designados por el empleador y dos por los trabajadores...”<sup>46</sup>; mientras que, en apelación, los tribunales superiores se conforman por: “a) El Director Regional del Trabajo, quien lo presidirá; y, b) Dos vocales designados por los empleadores y dos designados por los trabajadores”<sup>47</sup>.

Como se puede observar, la resolución de controversias de índole laboral colectiva se basa en un procedimiento de conciliación y arbitraje, que está a cargo de un órgano compuesto por delegados de empleadores y trabajadores. Aquello evidencia que la intención del constituyente fue que la resolución de este tipo de conflictos se sustente en

44 CCE. *Sentencia 481-14-EP/20*, 18 de noviembre de 2020, párr. 33.

45 CCE. *Sentencia 14-18-CN/20*, 15 de enero de 2020, párr. 36.

46 Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167, 16 de diciembre 2005, art. 474

47 *Ibid.*, art. 487.

procesos conciliatorios que ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución a la disputa, lo cual guarda armonía con diversos instrumentos de la OIT.

La CCE ha reconocido expresamente el carácter jurisdiccional de las decisiones de estos tribunales, por lo que serían susceptibles de acción extraordinaria de protección. En concreto, ha señalado que: "...la Corte Constitucional, bajo el presupuesto de que son jurisdiccionales, en reiteradas ocasiones, ha establecido incluso que son decisiones susceptibles de acción extraordinaria de protección en caso de que vulneren derechos..."<sup>48</sup>. Así también, a través de la resolución 10-2017, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia ha establecido como un precedente jurisprudencial vinculante, que "Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada..."<sup>49</sup>.

Aquello, del mismo modo que ocurrió en el caso del laudo arbitral, descarta la posibilidad de impugnar las decisiones que dicten estos tribunales mediante una acción de protección, pues su naturaleza es jurisdiccional. Inclusive, en la sentencia 86-11-IS/19, la CCE calificó como inejecutable un fallo expedido en el marco de una acción de protección propuesta en contra de una decisión de un tribunal de conciliación y arbitraje en materia laboral

colectiva. Específicamente, la Corte señaló que: "...no es posible ejecutar decisiones que contravienen expresa y manifiestamente el ordenamiento jurídico y que desnaturalizan las garantías jurisdiccionales, generando una categoría de decisiones inejecutables"<sup>50</sup>.

En consecuencia, la materia de conflictos laborales colectivos, por las razones antes detalladas, está reservada para esta potestad jurisdiccional que no recae en la Función Judicial.

### 3.5. La Corte Constitucional

Como aclaración inicial, el análisis que prosigue destacará, especialmente, el rol de la CCE en lo que concierne a las garantías jurisdiccionales; es decir, aquellos mecanismos que persiguen la protección eficaz de derechos constitucionales y su reparación integral en caso de vulneración. Por esta razón, no se profundizarán sus otras facultades relacionadas con el control constitucional y su condición de intérprete auténtico de la CRE.

La CRE diseña un sistema de administración de justicia constitucional que integra a la CCE junto a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, con excepción de los jueces de paz. En este contexto, por disposición del art. 429 de la CRE, la

48 CCE, *Sentencia 86-11-IS/19*, 16 de julio de 2019, párr. 20.

49 Corte Nacional de Justicia, *Resolución 10-2017*, 26 de abril de 2017.

50 CCE, *Sentencia 86-11-IS/19*, 16 de julio de 2019, párr. 27.

Corte ejerce jurisdicción nacional y es el máximo órgano de administración de justicia constitucional, pero no el único; de modo que:

(...) existen acciones constitucionales de conocimiento directo de la Corte Constitucional, pero también existen otras garantías que deben ser sustanciadas por la Función Judicial ordinaria (...) En efecto, el artículo 166 [de la LOGJCC] determina que los jueces, tribunales y Cortes de la Función Judicial forman parte, a su vez, de la administración de justicia constitucional cuando conocen y resuelven este tipo de acciones<sup>51</sup>.

Antes de la vigencia de la actual Constitución, el Tribunal Constitucional funcionaba como un órgano de apelación dentro de las garantías jurisdiccionales reconocidas en dicho marco constitucional. En contraposición, actualmente la CCE no opera en calidad de segunda instancia en las acciones constitucionales, sino que hay garantías jurisdiccionales que privativamente le corresponde conocer a este organismo y otras que recaen en jueces de la Función Judicial. Este diseño se complementa con la facultad de selección y revisión de sentencias a cargo de la Corte, según los arts. 86.5 de la CRE y 25 de la LOGJCC.

En tal virtud, las acciones: extraordinaria de protección, por incumplimiento y de incumplimiento,

son las garantías jurisdiccionales que recaen en conocimiento de la CCE. Aquello da cuenta que esta magistratura ejerce jurisdicción en esta materia, pues cuenta con habilitación constitucional expresa para conocer y resolver de manera definitiva e inapelable<sup>52</sup> determinadas acciones<sup>53</sup>, así como ejecutar lo decidido en sus fallos, ya que el art. 436.9 de la CRE establece que la Corte tiene la atribución de: “Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”.

Podemos concluir, entonces, que la CCE es otra de aquellas entidades que ejerce potestad jurisdiccional sin ser parte de la Función Judicial. La intención del Constituyente fue estructurar una magistratura independiente del resto de poderes del Estado, pues cabe recordar que todos los organismos y funciones, incluso las juezas, jueces y tribunales de la Función Judicial, están sometidos al control por parte de este organismo a través de diversos mecanismos y cauces procesales.

Ahora bien, una interrogante que merece especial atención es si las decisiones jurisdiccionales que expide la Corte pueden ser objeto de una acción extraordinaria de protección. Esta duda surge en razón de que los

<sup>51</sup> Esteban Polo, «La Corte Constitucional de Ecuador: sus atribuciones y su rol en la pandemia provocada por el Covid-19», *Revista Judicatura* n.º 69, (2020): 12.

<sup>52</sup> CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 440.

<sup>53</sup> Los arts. 93, 94, 436.5 y 437 de la CRE, reconocen la competencia de la CCE para conocer las acciones: extraordinaria de protección y por incumplimiento. En tanto que, la competencia para conocer la acción de incumplimiento surge a partir de la sentencia 001-10-PJO-CC, dictada por la Corte Constitucional para el período de transición el 22 de diciembre de 2010.

fallos de este organismo constituyen sentencias de última instancia que son inapelables, por lo cual se cumplirían, en principio, los requisitos constitucionales<sup>54</sup> para que proceda una acción de esta naturaleza en contra de las decisiones de la CCE.

Al respecto, existen autores<sup>55</sup> que han desarrollado interesantes argumentos a favor y en contra de la procedencia de esta acción respecto de sentencias de la misma Corte. En todo caso, para absolver esta inquietud, la CCE ha reafirmado que “...por su configuración constitucional y legal, (...) es el organismo de cierre en materia de justicia, control e interpretación constitucional...”<sup>56</sup>.

En función de aquello, a través de varios autos<sup>57</sup>, la Sala de Admisión ha puntualizado que:

(...) sus decisiones son definitivas, inapelables y se encuentran revestidas de cosa juzgada. Contrario sensu, permitir una nueva revisión por parte del mismo Organismo, afectaría al derecho a la seguridad jurídica de las partes dentro del proceso, por cuanto se generaría un sinnúmero de acciones que impidan obtener una situación jurídica consolidada.

Parte de la doctrina se ha pronunciado en similar sentido, al advertir que:

(...) no cabe acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de la Corte Constitucional (...) resulta necesario señalar que la Corte Constitucional es el órgano de cierre de la justicia constitucional en el Ecuador. Por lo tanto, consideramos que, si se pudiera interponer una acción extraordinaria de protección en contra de sus decisiones, nos encontraríamos en un círculo infinito que impediría que exista cosa juzgada en materia constitucional y se generaría una gran inseguridad jurídica (...)<sup>58</sup>.

Por tratarse de actos de naturaleza jurisdiccional, en virtud del art. 88 de la CRE tampoco procedería una acción de protección en contra de fallos o actuaciones y omisiones de carácter jurisdiccional de la CCE. Esto, además, porque carecería de sentido que los juzgadores de instancia puedan revisar los fallos del máximo órgano de administración de justicia en esta materia; más todavía si todas las sentencias ejecutoriadas dictadas en el marco de una acción de protección son remitidas a la propia Corte para su análisis y eventual selección y revisión. No obstante, distinto podría ser el caso de los actos y omisiones no vinculados con el ejercicio jurisdiccional de esta magistratura.

#### 4. Improcedencia de la acción de protección respecto de decisiones jurisdiccionales

54 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 94.

55 Rafael Oyarte, *Acción extraordinaria de protección* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 156-164.

56 CCE, *Auto de aclaración 65-20-IS/20*, 16 de diciembre de 2020: párr. 24.

57 CCE, *Autos de los casos 125-21-EP, 133-21-EP y 191-21-EP*, 5 de febrero de 2021.

58 Juan Francisco Guerrero, *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador* (Quito: Biblioteca Constitucional Ecuatoriana

Hasta este punto se han analizado las potestades jurisdiccionales ejercidas por órganos ajenos a la Función Judicial. Como se ha indicado, las decisiones de carácter jurisdiccional, a excepción de las expedidas por la propia CCE, cuentan con un medio de impugnación específico en sede constitucional, esto es, la acción extraordinaria de protección.

Aquello excluye la procedencia de la acción de protección en contra de cualquier acto u omisión de naturaleza jurisdiccional. Al respecto, el art. 88 de la CRE establece que esta acción podrá presentarse en contra de "...actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...". Si bien es cierto que la disposición se refiere a que la acción de protección cabe respecto de actos u omisiones no judiciales, aquello es impreciso y debe ser leído en su integralidad con el resto de prescripciones constitucionales.

Como se indicó en líneas previas, la Función Judicial no se integra solamente por juezas, jueces y tribunales que ejercen jurisdicción, sino también por otro tipo de órganos de carácter no jurisdiccional, como por ejemplo el Consejo de la Judicatura que ostenta una naturaleza esencialmente administrativa. Si se interpreta aislada y literalmente el art. 88 de la CRE, se llegaría a la conclusión de que no

procede una acción de protección en contra de ninguna decisión judicial, lo cual involucraría también a órganos no jurisdiccionales los cuales estarían exentos de control.

Al contrario, desde un punto de vista integral y sistemático, se debería interpretar que el Constituyente impidió que la acción de protección impugne actos y omisiones de naturaleza jurisdiccional, por haber previsto una acción específica para ese propósito. Lo mismo ocurre con las demás potestades jurisdiccionales antes examinadas, que pueden ser revisadas solamente a través de una acción extraordinaria de protección, pero no mediante una acción de protección, por la naturaleza jurisdiccional que caracteriza sus decisiones a pesar de ser dictadas por órganos que no pertenecen a la Función Judicial. Por ello, es más preciso afirmar que solamente las decisiones jurisdiccionales están exentas de impugnación vía acción de protección, no así otro tipo de actos no jurisdiccionales de la Función Judicial.

Aquello ha sido objeto de análisis por cierto sector de la doctrina, que ha manifestado, que, "...los actos que buscaba excluir de la acción de protección son únicamente las decisiones jurisdiccionales, respecto de las cuales existe una garantía

específica para velar por que no se vulneren derechos: la acción extraordinaria de protección”<sup>59</sup>. La LOGJCC ha materializado en la legislación secundaria este aspecto y establece como causal de inadmisión de la acción de protección, “*Cuando se trate de providencias judiciales*”<sup>60</sup>.

En consecuencia, para establecer si un acto o una omisión es objeto de una o de otra garantía jurisdiccional es imprescindible comprender su naturaleza jurídica. Así, las decisiones que son el resultado del ejercicio jurisdiccional solamente serán objeto de una acción extraordinaria de protección siempre que se cumplan con los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales previstos para tal efecto. Mientras que las decisiones que no ostentan el carácter jurisdiccional serán objeto de la acción de protección, igualmente siempre que se verifiquen las demás exigencias pertinentes.

Por esta razón, es fundamental distinguir qué órganos ejercen potestad jurisdiccional y diferenciar las atribuciones que no involucran esta función. Para esto, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, se deberá analizar si la CRE habilita expresamente a determinado órgano para que ejerza jurisdicción. Si la CRE no prevé de forma explícita la

potestad jurisdiccional en favor de una entidad, ésta no ejerce jurisdicción ya que esta atribución de juzgar y ejecutar lo juzgado nace exclusivamente de la Constitución.

Han existido dudas en la realidad jurídica ecuatoriana sobre si ciertas autoridades ejercen jurisdicción. Por ejemplo, la llamada jurisdicción coactiva en la que sus autoridades se denominaban jueces, por mandato legal. La CCE ha expresado que esta potestad no tiene carácter jurisdiccional pues no existe un reconocimiento a nivel constitucional; por lo que, se afirmó que “...se trata de la atribución que el ordenamiento jurídico otorga a ciertos servidores de la administración pública para cobrar créditos o deudas públicas a través de un procedimiento específico establecido en la ley”. La magistratura, de forma adecuada, añadió, que “...si bien es cierto que el servidor encargado de las tareas recaudadoras propias de la potestad coactiva, fue denominado en el Código de Procedimiento Civil como ‘Juez’, sus funciones no son asimilables con el ejercicio de la atribución de administrar justicia...”<sup>61</sup>.

En este sentido, toda vez que en nuestro país se reconoce el principio de unidad jurisdiccional, solamente ejercen jurisdicción los órganos específicos de la Función Judicial y

<sup>59</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>60</sup> LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 42.6.

<sup>61</sup> CCE, *Sentencia 60-11-CN/20*, 6 de febrero de 2020, párr. 57 y 61.

las otras entidades expresamente habilitadas en la Constitución. La naturaleza jurídica de sus decisiones es un elemento determinante para establecer mediante cuál garantía jurisdiccional se puede impugnar cada acto u omisión del poder público. Esto, en razón de que el Constituyente diseñó un sistema de acciones constitucionales compuesto por un mecanismo específico que cabe frente a decisiones jurisdiccionales y otro que no. Aunque en la realidad procesal puedan existir dudas respecto de la naturaleza jurídica de ciertas autoridades y, por tanto, de sus actos u omisiones, la respuesta definitiva se encuentra en la CRE, dado que es la única norma que faculta el ejercicio jurisdiccional a órganos que no forman parte de la Función Judicial; si la CRE no reconoce en favor de algún órgano esta potestad, entonces sus decisiones no serán jurisdiccionales.

## 5. Conclusiones

La jurisdicción, concebida como aquella potestad para juzgar y ejecutar lo juzgado respecto de controversias con relevancia jurídica, nace única y exclusivamente en la Constitución. Así, en nuestro país, solamente el texto constitucional puede atribuir el ejercicio de la potestad jurisdiccional en favor de determinada autoridad. El legislador, por su parte, podría desarrollar la

competencia, es decir, la forma en que se distribuye el ejercicio de la jurisdicción entre los órganos que ostentan esta facultad, pero no está habilitado para otorgar potestad jurisdiccional a un órgano no reconocido expresamente en la CRE.

La unidad jurisdiccional viabiliza la independencia del juzgador, pues busca concentrar el ejercicio de la jurisdicción en jueces y tribunales de la Función Judicial, así como en determinados órganos expresamente habilitados para tal efecto en la Constitución. Su propósito es suprimir la justicia retenida, esto es, las jurisdicciones especiales que eran ejercidas por autoridades dependientes de la Administración Pública, particularmente, de la Función Ejecutiva.

Cierto sector de la doctrina distingue una faceta absoluta del principio de unidad jurisdiccional y otra atenuada. Según la primera, solamente las judicaturas de la Función Judicial tendrían facultad jurisdiccional; por lo que, si la CRE reconoce el ejercicio de la jurisdicción en favor de un órgano ajeno a la referida Función, se lo hace como una excepción a este postulado de carácter general. Mientras que la visión atenuada, estima que además de la jurisdicción ejercida por jueces y tribunales de la Función Judicial, existen otras previstas en la misma Constitución, pero no consagradas

como excepciones, pues en esta faceta el principio no es absoluto en señalar que solo la Función Judicial ejerce jurisdicción, sino que incluye a otros órganos.

A manera de ejemplo, la Constitución Política de 1998, por su redacción, reconocería una faceta absoluta del principio; en tanto que el texto constitucional actual reflejaría una visión atenuada al plantear, como un postulado general, que existen otros órganos que ejercen jurisdicción además de los de la Función Judicial. Sin perjuicio de esto, la CCE ha establecido que los órganos con potestad jurisdiccional que no forman parte de la Función Judicial, son excepciones al principio de unidad jurisdiccional.

Independientemente de si se denominan excepciones a la unidad jurisdiccional o si se les reconoce como otras potestades jurisdiccionales, su repercusión en la práctica constitucional es sumamente relevante. Esto, pues el sistema de garantías jurisdiccionales diseñado en la CRE instituye una acción específica que permite cuestionar actos u omisiones de carácter jurisdiccional; mientras que, para la otra acción, aquello está proscrito. En otras palabras, para determinar la procedencia de una u otra acción es indispensable tener certeza sobre la naturaleza jurídica del acto o de la omisión.

La acción extraordinaria de protección cabe en contra de decisiones jurisdiccionales, no solamente las expedidas por juezas, jueces y tribunales de la Función Judicial, sino también respecto de aquellas que derivan de las otras potestades jurisdiccionales; más si se tiene presente que el art. 437 de la CRE establece como objeto de esta garantía a las resoluciones con fuerza de sentencia.

La acción de protección, por su parte, no puede cuestionar decisiones jurisdiccionales, ya que estaría invadiendo el ámbito de tutela de la acción extraordinaria de protección y existiría una superposición de garantías. Por esto, corresponde interpretar integral y sistemáticamente el art. 88 de la CRE, que regula la acción de protección; por este motivo, para fijar el sentido y el alcance de los actos y omisiones del poder público “no judicial”, se los deberá leer como aquellos de naturaleza jurisdiccional.

Las demás potestades jurisdiccionales reconocidas en el país, tienen como un factor importante la materia que conocen. Así, tanto las materias constitucional (con excepción de las acciones constitucionales que recaen en conocimiento de la jurisdicción ordinaria), electoral, indígena y laboral colectiva, constituirían el único

ámbito material que está por fuera de conocimiento de la Función Judicial. En cuanto al arbitraje, también existe un criterio material pero no de carácter excluyente absoluto, pues si bien toda controversia que conozcan los árbitros será sobre materias en las que se pueda transigir, no toda materia transigible recae solamente en los árbitros; aquello dependerá de si existe cláusula arbitral, en la cual las partes acordarán lo que será sometido a arbitraje.

La CCE ha expedido importantes pronunciamientos que contribuyen a regular este ejercicio jurisdiccional y, particularmente, a resolver las dudas sobre la naturaleza jurídica de las decisiones expedidas por los órganos que ejercen potestad jurisdiccional fuera de la Función Judicial. Así mismo, ha desarrollado los parámetros para la impugnación de estas decisiones en materia constitucional, a fin de evitar la superposición de competencias y que la jurisdicción constitucional no invada ámbitos que no le corresponden.

## 6. Bibliografía

### Doctrina

- Aguilar, Juan Pablo. «Derecho administrativo y transigibilidad». *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 6 (2015): 249- 269. <http://iea.ec/pdfs/2014/10/Aguilar.pdf>.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. «El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprendida». *Revista Iuris Dictio* 22 (2018): 37-46. <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1194>.
- Andrade Ubidia, Santiago. «La Función Judicial en la vigente Constitución de la República». En *La Nueva Constitución del Ecuador*, editado por Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 239- 286. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial B de F, cuarta edición, 2019.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis, 2019.
- García de Enterría, Eduardo. «La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva». *Revista de Administración Pública* 179 (2009): 167- 183. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3050220>.
- Güecha Medina, Ciro. *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- Guerrero, Juan Francisco. *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección ¿Un presupuesto material o procesal?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Serie Magíster, 2017.
- *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Biblioteca Constitucional Ecuatoriana, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador, 2020.

Jara, María Elena. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

Oyarte, Rafael. *Acción extraordinaria de protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

— *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición, 2019.

Pérez Royo, Javier y Carrasco Durán, Manuel. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, decimosexta edición, 2018.

Polo, Esteban. «La Corte Constitucional de Ecuador: sus atribuciones y su rol en la pandemia provocada por el Covid-19». *Revista Judicatura* 69 (2020): 9- 27.

Salgado Pesantes, Hernán. *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*. Quito: ILDIS, 1987.

Santos, Boaventura de Sousa. «Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad». En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez, 13-50. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

## Normativa

Código de Menores (Registro Oficial Suplemento 995 de 7 de agosto de 1992) (Derogado el 3 de marzo de 2003).

Código del Trabajo (Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre 2005).

Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009).

Constitución de la República de Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Constitución Política de la República del Ecuador (Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998).

Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial 417 de 14 de diciembre 2006).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009).

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia (Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de febrero de 2020).

Resolución del Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición (Registro Oficial Suplemento 451 de 22 de octubre 2008).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 001-09-SEP-CC*, 31 de marzo de 2009.

— *Sentencia 001-10-PJO-CC*, 22 de diciembre de 2010.

— *Sentencia 86-11-IS/19*, 16 de julio de 2019.

— *Dictamen 5-19-RC/19*, 4 de septiembre de 2019.

— *Sentencia 31-14-EP/19*, 19 de noviembre de 2019.

— *Sentencia 323-13-EP/19*, 19 de noviembre de 2019.

— *Sentencia 14-18-CN/20*, 15 de enero de 2020.

— *Sentencia 60-11-CN/20*, 6 de febrero de 2020.

— *Sentencia 134-13-EP/20*, 22 de julio de 2020.

— *Sentencia 3-19-CN/20*, 29 de julio de 2020.

— *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020.

— *Sentencia 481-14-EP/20*, 18 de noviembre de 2020.

— *Auto de aclaración 65-20-IS/20*, 16 de diciembre de 2020.

— *Autos de los casos 125-21-EP, 133-21-EP y 191-21-EP*, 5 de febrero de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos,  
*Caso de la 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.

Corte Nacional de Justicia. *Resolución 10-2017*, 26 de abril de 2017.

# INVESTIGACIÓN

## Control constitucional del estado de excepción en el contexto de la COVID-19

**Por:** Byron Villagómez Moncayo<sup>1</sup>,

Rubén Calle Idrovo<sup>2</sup>

Valeria Garrido Salas<sup>3</sup>

### Resumen

En este artículo se aborda el dictamen 7-20-EE/20, por medio del cual la Corte Constitucional determinó la inconstitucionalidad del más reciente decreto de estado de excepción por la pandemia COVID19. En este sentido, el análisis se enfoca en la tarea desarrollada por la actual conformación de la Corte en el control de constitucionalidad de estados de excepción en general, resaltando su pronta y eficaz respuesta. Asimismo, se efectúa una reflexión sobre el carácter

ostensiblemente sistémico y profundo de la pandemia. Finalmente, el artículo examina con más detalle el dictamen, resaltando los aspectos principales de la decisión.

### Palabras clave

Control de constitucionalidad, estado de excepción, línea jurisprudencial, pandemia COVID-19

---

1 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.

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, 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.

3 Licenciada Multilingüe en Negocios y Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ha trabajado en proyectos de investigación en el sector privado y público en temas de política exterior, trabajo doméstico, género, derecho internacional y derecho constitucional. Actualmente, es funcionaria en la Coordinación Técnica de Investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

## 1. Introducción

El 27 de diciembre de 2020 la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió el dictamen 7-20-EE/20, por el cual realizó el control constitucional al Decreto Ejecutivo No. 1217 (en adelante, el Decreto) emitido el 21 de diciembre de 2020 por el presidente de la República. El 22 de diciembre ingresó a la CCE el oficio para trámite del control constitucional del Decreto, mediante el cual se establecía un estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional durante treinta días, debido al incremento en el contagio de la COVID-19 y a la nueva mutación del virus identificada desde Reino Unido<sup>4</sup>.

Tras realizar un análisis del Decreto a través de un control constitucional formal y material, la Corte resolvió declararlo inconstitucional arguyendo que las medidas que éste contenía podían adoptarse en el marco de las atribuciones del régimen constitucional ordinario, siendo innecesario recurrir a un estado de excepción<sup>5</sup>. Las medidas dispuestas incluían: i) la movilización de la Administración Pública y Central, incluyendo a la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; ii) toque de queda desde las 22h00 hasta las 04h00, a

partir del 21 de diciembre de 2020 hasta el 3 de enero de 2021; y, iii) requisiciones a las que hubiera lugar<sup>6</sup>.

Por una parte, el control formal determinó que la declaratoria cumplió con todos los requisitos contemplados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). Es decir, que el Decreto de estado de excepción: i) identificó los hechos y una causal que invocaron la declaratoria; ii) tuvo una justificación; iii) determinó un ámbito territorial y temporal; iv) mencionó los derechos susceptibles de suspensión; v) realizó las notificaciones correspondientes determinadas en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE); y, vi) describió medidas enmarcadas dentro de las competencias de un estado de excepción<sup>7</sup>.

En contraste, la Corte verificó que el Decreto incumplía con los parámetros establecidos en el art. 121 LOGJCC, motivo por el cual no superó el control material; la CCE expresó que:

(...) el artículo 121 numeral primero de la LOGJCC le exige a esta Corte verificar la real ocurrencia de los hechos justamente porque los estados de excepción operan frente a circunstancias actuales y ciertas, mas no son una herramienta frente a escenarios probables o futuros (...) el presidente de la República fundamenta el estado de

4 Decreto Ejecutivo No. 1217, Registro Oficial 4to. S. 355, 22 de diciembre de 2020: art. 1.

5 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: p. 16.

6 *Ibid.*, párr. 14.

7 LOGJCC, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009: arts. 120 y 122.

excepción en un posible riesgo futuro y no actual, lo que le impide a esta Corte verificar la real ocurrencia de los hechos en los que se fundamenta la declaratoria de estado de excepción por calamidad pública<sup>8</sup>.

Asimismo, la Corte indicó que frente a riesgos futuros es indispensable la adopción de medidas preventivas que corresponden a facultades del régimen jurídico ordinario<sup>9</sup>.

De la misma forma, la CCE constató la poca correspondencia de las medidas dispuestas en el Decreto con el informe técnico elaborado por el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos (en adelante, SNGR). En el informe mencionado, no se verificó que la situación generada por la COVID-19 ameritara una nueva declaratoria de estado de excepción en todo el territorio nacional, puesto que, en semanas previas a misma, solamente en cuatro provincias del país existía un riesgo alto de transmisión del virus<sup>10</sup>. Además, según el mismo informe, la velocidad de contagio en diciembre era la más baja desde el inicio de la pandemia en marzo y abril.<sup>11</sup>

La CCE enfatizó que la restricción de aforos, de actividades comerciales o circulación de vehículos son medidas regulatorias que no necesitan

enmarcarse en una figura jurídica excepcional<sup>12</sup>. Igualmente, resaltó el deber de autocuidado de la sociedad, orientado a cumplir las medidas con el fin de controlar la propagación de una pandemia que ha estado presente por más de nueve meses, no sólo en el país, sino también en el mundo; y que, si bien se trata de una situación sumamente grave, también se caracteriza por ser de duración indefinida<sup>13</sup>. A criterio de la Corte, debido a la falta de claridad y especificidad de las medidas propuestas en el Decreto, se demostró que la declaratoria en cuestión incumplió con los requisitos del control material, lo que condujo a que tal disposición sea considerada inconstitucional.

El presente artículo analiza principalmente el dictamen 7-20-EE/20, decisión mediante la cual se declaró inconstitucional el decreto ejecutivo No. 1217. Para el efecto, en primer lugar, se realizará una revisión de la evolución de la línea jurisprudencial de la CCE desde 2008 hasta 2020 en materia de estados de excepción. Seguidamente, se inquirirá y debatirá en torno la naturaleza de la COVID-19 como fenómeno complejo, haciendo énfasis en su concepción como una cuestión de carácter

8 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 23.

9 *Ibidem*.

10 Según lo descrito en la página 13 del Informe Técnico suscrito por el SNGRE, las provincias con un alto riesgo de transmisión a la fecha eran: Esmeraldas, Santa Elena, Morona Santiago y Tungurahua.

11 CCE. *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 24-25.

12 *Ibid.*: párr. 36.

13 *Ibid.*: párr. 37 y 64.

permanente o excepcional. Para continuar, se analizarán los motivos por los que la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad del mencionado Decreto. Asimismo, se hará un repaso de los criterios relevantes vertidos en los votos salvados, y finalmente se recogerán las principales conclusiones del presente estudio.

## 2. Evolución de la línea jurisprudencial de la CCE en materia de estados de excepción

En lo que concierne a la progresión de los últimos años del ejercicio del control constitucional de los estados de excepción por parte de la CCE, es necesario en primer lugar hacer referencia a lo dispuesto sobre la materia por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que en su art. 27.1 prescribe lo siguiente:

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 social<sup>14</sup>.

En tal virtud, dentro de un Estado Constitucional es jurídicamente admisible afrontar a través de un estado de excepción, situaciones de emergencia, extraordinarias o anómalas, que ameriten la suspensión o limitación de determinados derechos, de manera temporal mientras las circunstancias se normalizan<sup>15</sup>. En este sentido, respecto al control de un estado de excepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC-8/87, determinó que, a pesar de que en ciertas ocasiones la suspensión de garantías es necesaria para atender situaciones de emergencia pública, no se puede hacer abstracción de posibles abusos respecto a medidas que no estén objetivamente justificadas<sup>16</sup>. En esta línea, la CRE aclara que la CCE debe “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”<sup>17</sup>.

Concentrándonos ahora concretamente en el análisis de la evolución de la línea jurisprudencial de la CCE en el período 2008-2020, cabe primeramente efectuar algunas precisiones. Por una parte, se debe

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

15 Francisco Javier Dorantes Díaz, “Estado de excepción y derechos humanos. Antecedentes y nueva regulación jurídica”, *Alegatos*, n.º 81 (2012): 393-410.

16 Corte IDH. *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 20.

17 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 436.8.

mencionar que en periodos anteriores se ha verificado la existencia de decretos de estado de excepción sobre los cuales no se efectuó control constitucional, tratándose de casos en que dichos decretos no constan publicados en el Registro Oficial (ver Tabla 1). Asimismo, existen otros decretos que, habiendo sido publicados en el Registro Oficial, anteriores conformaciones de la Corte no ejercieron sobre ellos el control de oficio previsto en el art. 124.2 de la LOGJCC. En el caso de aquellos decretos que no fueron notificados en su momento –sumado a que perdieron vigencia automáticamente por el transcurso del tiempo, tornando su control en inoficioso– derivarían en una caducidad de derecho, sin necesidad de una declaratoria en ese sentido por expreso mandato del segundo inciso, parte final, del art. 166 de la CRE.

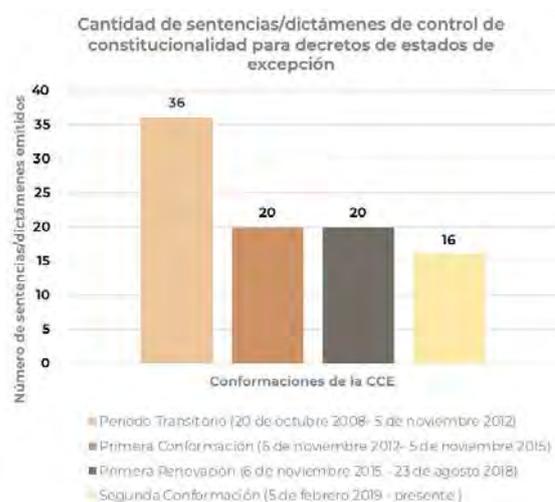
**Tabla 1. Decretos ejecutivos de estado de excepción sin control de constitucionalidad**

<b>Decreto</b>	<b>Fecha de expedición</b>	<b>Registro Oficial</b>	<b>Estado</b>
431	16/07/2010	RO. No. 249 de 3 de agosto de 2010	<b>No existe dictamen específico</b> En el dictamen 016-SEE-CC, se dice: “Es preciso indicar que el texto del DE N° 431 al constituir una ampliación del EE establecido en el DE N° 365, reproduce los mismos contenidos y medidas a aplicarse en la vigencia del referido EE, esta vez, por el período de 30 días (...)”.
461	16/08/2010	No se publicó	<b>No existe dictamen</b>
493	05/10/2010	S.RO. No. 296 de 8 de octubre de 2010	<b>No existe dictamen</b>
515	15/10/2010	S.RO. No. 308 de 26 de octubre de 2010	<b>No existe dictamen</b>
636 (decreto complementario al decreto 618)	27/01/2010	RO. No. 380 de 8 de febrero de 2011	<b>No existe dictamen</b> Debió ser examinado su constitucionalidad en el Dictamen 0003-11-DEE-CC que hizo el control del DE 618 (control por conexidad).
734	11/04/2011	RO. No. 440 de 4 de mayo de 2011	<b>No existe dictamen.</b>
815	08/07/2011	RO. No. 498 de 25 de julio de 2011	<b>No existe dictamen específico</b> En el dictamen 014-15-DEE-CC se señala: “(...) resulta pertinente indicar que el texto del DE N.º 815, al constituir una ampliación del estado de excepción establecido mediante DE N.º 759, reproduce los mismos fundamentos y medidas a aplicarse en la vigencia del referido estado de excepción, esta vez, por el periodo de treinta días, por lo que el análisis de constitucionalidad efectuado en líneas anteriores es aplicable al Decreto Ejecutivo N.º 815 (...)”.

Elaborado por Rubén Calle Idrovo

Desde la promulgación de la CRE, se han emitido noventa y dos resoluciones de control constitucional a declaratorias de estados de excepción, suscritas por cuatro distintas conformaciones de la CCE (ver Gráfico 1). Después de hacer una revisión de cada sentencia/dictamen emitido por la Corte (ver Anexo 1), se demuestra que durante el periodo comprendido entre 2008 y 2012<sup>18</sup> se emitieron la mayoría de pronunciamientos de control de constitucionalidad para declaratorias de estado de excepción. Sin embargo, tras el estudio de los treinta y seis pronunciamientos formulados en dicho periodo, destaca que estos se limitan a la declaración de la constitucionalidad del decreto y no disponen medidas para dar un seguimiento a los actos y/o políticas a implementarse dentro del estado de excepción.

Gráfico 1. Sentencias y dictámenes de control de constitucionalidad para decretos de estados de excepción en Ecuador<sup>19</sup>



Elaborado por Valeria Garrido Salas

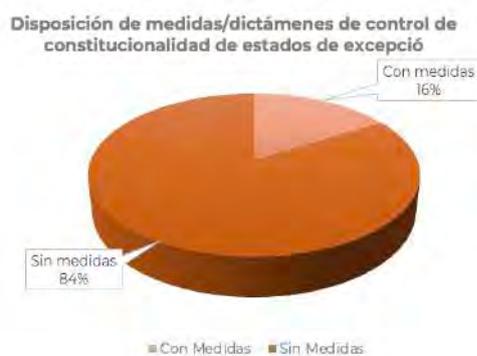
Continuando con la respectiva revisión de sentencias y dictámenes de constitucionalidad por periodos de conformación, se observa que hasta el año 2018 la CCE no había emitido medidas como parte del control constitucional (ver Anexo 1). Efectivamente, es a partir del año 2019, a raíz del control efectuado sobre el Decreto Ejecutivo No. 741 (dictamen 1-19-EE/19), que la Corte empieza a ordenar medidas específicas en el marco de un estado de excepción; en ese caso concretamente se dispuso a la Defensoría del Pueblo dar seguimiento a la implementación de las medidas dispuestas en el estado de excepción, de conformidad con las competencias constitucionales y legales de dicho organismo (ver Gráfico 2).

<sup>18</sup> Este periodo coincide con la conformación de la CCE del periodo de transición. Mediante resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008, los vocales del extinto Tribunal Constitucional se autoproclamaron en magistradas y magistrados de la Corte Constitucional hasta ser reemplazados de conformidad con la CRE y la ley.

<sup>19</sup> Los miembros de la Primera Renovación de la CCE fueron cesados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio; por este motivo en el periodo comprendido entre el 23 de agosto de 2018 y el 4 de febrero de 2019 existió vacancia en la CCE.

También se puede constatar que el primer pronunciamiento de la CCE que limitó una disposición como parte de una declaratoria de estado de excepción fue el mismo dictamen 1-19-EE/20, que exceptuó la suspensión del derecho a la información durante el régimen de emergencia<sup>20</sup>. Esto resulta particularmente destacable, puesto que el 98% de los dictámenes respecto a la constitucionalidad de los estados de excepción han sido en sentido favorable; a lo que se debe añadir lo antes mencionado referente a que en las decisiones de las anteriores conformaciones de la Corte no se efectuó un análisis específico de las medidas a aplicarse durante un régimen de emergencia, ni tampoco existió determinación expresa de seguimiento a las acciones emprendidas durante las declaratorias de emergencia (ver Gráfico 3).

**Gráfico 2. Sentencias y dictámenes de control constitucional de estados de excepción con disposición de medidas**

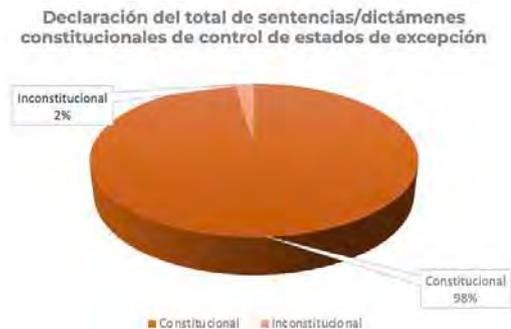


Elaborado por Valeria Garrido Salas

20 CCE. Dictamen No. 1-19-EE/19, 30 de mayo de 2019: p. 12.

21 Del 98% de declaratorias de constitucionalidad, los dictámenes 3-20-EE/20, 3-20-EE/20A y 5-20-EE/20 tienen constitucionalidad condicionada. Además, dentro de la muestra no se consideró al dictamen 001-19-DEE-CC, puesto que en su decisión la CCE señaló que en este caso la vigencia del decreto estaba caducada, y que, al no haberse emitido un pronunciamiento en su debido momento, correspondía disponer el archivo del caso.

**Gráfico 3. Declaración de las sentencias y dictámenes de control constitucional de estados de excepción<sup>21</sup>**



Elaborado por Valeria Garrido Salas

Aparte de lo anteriormente señalado, el citado dictamen 3-19-EE/19 marcó también un hito importante en la evolución de la línea jurisprudencial de la CCE, puesto que supuso un cambio de criterio respecto a los requisitos que configuran estado de grave conmoción interna, causal que permite invocar un estado de excepción. El dictamen en mención se afirma que:

En el pasado, la anterior Corte Constitucional (2007-2018) señaló erróneamente que ciertos hechos eminentes podrían configurar estados de grave conmoción interna y, por ello, dictaminó la constitucionalidad de estados de excepción de naturaleza preventiva, que podían ser renovados indefinidamente. La actual Corte Constitucional, en estricta observancia a los derechos constitucionales y de los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, considera necesario apartarse de esta línea

jurisprudencial y dictar parámetros que identifiquen situaciones que configuran una grave conmoción interna<sup>22</sup>.

De esta manera, la CCE no sólo estableció dos parámetros esenciales para configurar una situación de grave conmoción interna<sup>23</sup>, sino que también proscribió la posibilidad de decretar estados de excepción de naturaleza preventiva.

Otras decisiones de control constitucional de estados de excepción que se distinguen de la línea jurisprudencial de la Corte son los dictámenes emitidos durante el año 2020 a causa de la pandemia por la COVID-19. En estos fallos, de manera reiterada, se evidencia el exhorto por parte de la CCE a las autoridades correspondientes para que, en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, implementen un plan de acción preventivo para manejar la crisis sanitaria –con normativa y regulaciones idóneas y factibles dentro de un régimen jurídico ordinario–, que más allá de su carácter excepcional parecería tener también una duración indefinida<sup>24</sup>.

Por otro lado, cabe mencionar que en gran mayoría y especialmente en las anteriores conformaciones, las decisiones de la Corte han sido adoptadas de manera unánime por

parte de los miembros del Pleno. Al observar las votaciones de cada decisión constitucional, se confirma que solamente el 7% de las resoluciones emitidas tiene voto salvado, es decir seis de un total de noventa y dos sentencias y dictámenes existentes (ver Gráfico 4).

#### Gráfico 4. Votación de sentencias y dictámenes de control constitucional de estados de excepción



Elaborado por Valeria Garrido Salas

De las decisiones con votación dividida, se resalta que cuatro de estos dictámenes correspondieron a estados de excepción decretados en el año 2020. De estos cuatro dictámenes con voto salvado, dos fueron declarados inconstitucionales (ver Anexo 1). Pese a la alta controversia que supusieron las declaratorias relacionadas con la pandemia COVID-19, los fallos emitidos por la Corte sobresalen por el profundo análisis desarrollado en los mismos; de hecho, los dictámenes favorables incluyen parámetros que las

22 CCE. *Dictamen 3-19-EE/19*, 9 de julio de 2019: párr. 19-20.

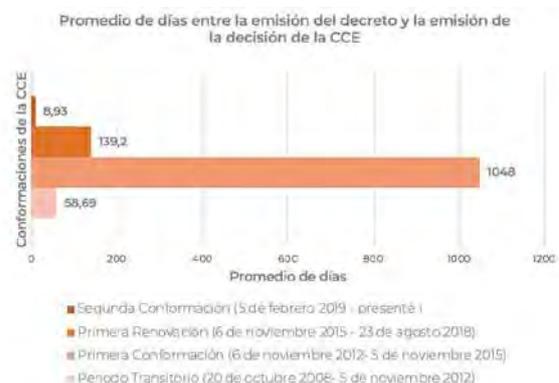
23 *Ibíd.*: párr. 21-23.

24 Ver dictámenes: 3-20-EE/20, No. 5-20-EE/20 y No. 7-20-EE/20.

autoridades debían observar durante el estado de excepción para garantizar el ejercicio y goce de los derechos<sup>25</sup>.

Igualmente, el actuar de la CCE durante la pandemia se hizo notar por la brevedad y celeridad con la que se resolvieron los controles de constitucionalidad. Al respecto, se revisaron las fechas de suscripción de los decretos ejecutivos y la emisión de las sentencias y dictámenes correspondientes a su control constitucional (ver Gráfico 5). En este sentido, cabe mencionar que no existe normativa expresa sobre los tiempos para la formulación y notificación de un dictamen de este tipo; sin embargo, es un deber de la Corte priorizar el control constitucional de las declaratorias de estado de excepción con la finalidad de evitar hacerlo de manera extemporánea, es decir cuando la vigencia del decreto caduque y su resultado sea inoficioso.

**Gráfico 5. Tiempo promedio de resolución de controles de constitucionalidad de decretos de estados de excepción<sup>26</sup>**



Elaborado por Valeria Garrido Salas

Como se puede constatar, la actual conformación de la Corte se ha tomado en promedio menos de nueve días en efectuar los controles de constitucionalidad de los diferentes estados de excepción decretados durante su periodo de labores. Esta cifra contrasta notablemente con la de las anteriores conformaciones, cuyos promedios de tiempo de resolución fueron significativamente más altos.

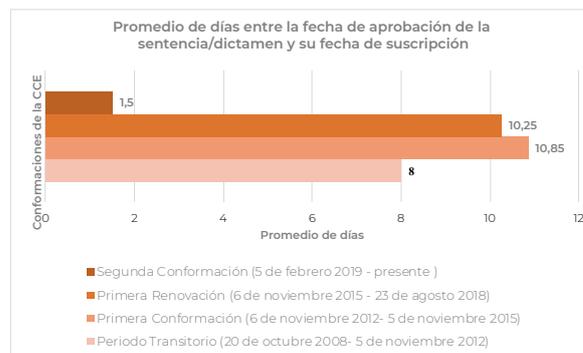
Por otro lado, se debe indicar que en la revisión de la jurisprudencia de control constitucional de estados de excepción se examinó el tiempo entre la aprobación de una sentencia o dictamen por parte del Pleno de la CCE y su efectiva suscripción; lo que tiene estrecha relación con la

<sup>25</sup> Ver dictámenes: 1-20-EE/20, 2-20-EE/20, 3-20-EE/30 y 6-20-EE.

<sup>26</sup> El cálculo del promedio de días se realizó tomando como referencia al intervalo entre la fecha del decreto ejecutivo y la fecha de la sentencia o dictamen de la Corte. En el caso del dictamen 001-19-DEE-CC, primera resolución de la Segunda Conformación de la CCE, se tomó como fecha de emisión del decreto ejecutivo a la fecha de posesión de los nuevos magistrados constitucionales, es decir, el 5 de febrero de 2019. Esta decisión metodológica se justifica en función de que el decreto ejecutivo No. 27 fue emitido el 12 de junio de 2017 y la Primera Conformación de la CCE omitió realizar un control constitucional a pesar de que se envió el oficio de notificación por parte de la Presidencia de la República.

respectiva notificación y publicación de las resoluciones en el Registro Oficial (ver Gráfico 6). De acuerdo con el Reglamento de Sustanciación de Procesos de la CCE, “las sentencias y dictámenes se notificarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la suscripción de la misma por parte del Presidente y Secretario General. Se exceptúa de esta disposición el caso en que existan votos salvados o concurrentes”<sup>27</sup>. En el caso de que la decisión tenga votos salvados o concurrentes, la norma dispone que “estos votos serán suscritos por la jueza o juez y remitidos a la Secretaría General, dentro del término de diez días contados a partir de la adopción de la decisión”<sup>28</sup>. De esta forma, se evidencia que el tiempo promedio entre la aprobación y la suscripción de cada sentencia debe ser el más breve posible para proceder con la publicación de las decisiones.

**Gráfico 6. Tiempo promedio entre la aprobación de una sentencia o dictamen de control de constitucionalidad para estados de excepción y su suscripción**<sup>29</sup>



Elaborado por: Valeria Garrido Salas

Al igual que en el gráfico anterior, éste permite evidenciar que la actual conformación de la Corte ha emitido y notificado sus resoluciones de control de estados de excepción en un tiempo significativamente menor al de las anteriores conformaciones; concretamente, en promedio se ha tomado menos de dos días entre la aprobación y suscripción de sus dictámenes.

En definitiva, se evidencia que durante los doce años de existencia de la CCE su línea jurisprudencial en materia de control constitucional de estados de excepción se ha ido modificando sustancialmente, de manera particular durante el periodo de la actual conformación. Esto es

<sup>27</sup> Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015: art. 41.

<sup>28</sup> *Ibid.*, art. 38.

<sup>29</sup> El cálculo del promedio de días se realizó tomando como referencia al intervalo entre la fecha de la sentencia y la fecha de la razón de suscripción.

patente no sólo en lo que respecta a la disposición de medidas y seguimiento, sino también a la estricta revisión de cumplimiento de requisitos para efectuar esta declaratoria, el desarrollo de parámetros a seguir durante el mismo, y el carácter temporal que el régimen de excepción debe mantener. Igualmente, se observa que la celeridad y oportunidad es una prioridad fundamental de la actual conformación de la Corte al momento de ejercer control constitucional a las declaratorias de estado de excepción.

### 3. La pandemia por la COVID-19: Fenómeno social complejo y sistémico

El reciente dictamen 7-20-EE/20 ha replanteado nuevamente el debate en torno a la prevalencia de la actual pandemia como un fenómeno social permanente, o su coyuntural y transitoria pero igualmente deletérea pervivencia durante un específico o restringido lapso de tiempo. La síntesis de esta disquisición tiene un significativo efecto en el ejercicio del control constitucional, puesto que de su definición se determinaría la necesidad de refrendar o no la constitucionalidad de una declaratoria de estado de excepción más o menos extendida.

El filósofo italiano Giorgio Agamben ha problematizado la noción de estado de excepción, aseverando que en la actualidad el mismo tiende a convertirse en el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea<sup>30</sup>. Evidentemente Agamben adopta una postura crítica, partiendo de la base de que el estado de excepción es un “espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas –y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado– son desactivadas”<sup>31</sup>. En tal sentido, Agamben concibe conceptualmente una relación paradójica pero asimismo simbiótica entre el la *anomia* y el *nomos*, esto es entre la ausencia concreta de juridicidad y la continuidad abstracta de la norma; el Derecho mismo establece las condiciones de posibilidad de un ámbito de vaciamiento de la legalidad que su vez no coarte la subsistencia sistémica del orden jurídico:

¿Pero en qué consiste, mirándolo bien, la laguna que está en cuestión aquí? ¿Existe realmente algo así como una laguna en sentido propio? La laguna no concierne aquí a una carencia en el texto legislativo, que debe ser completada por el juez; concierne sobre todo a una suspensión del ordenamiento vigente para garantizar su existencia. Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal. La laguna no es interna a

30 Giorgio Agamben. *Estado de Excepción, Homo Sacer II*. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora (2005): P. 25.

31 *Ibid.*, 99.

la ley, sino que tiene que ver con su relación con la realidad, la posibilidad misma de su aplicación. Es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, puede ser colmada solamente a través del estado de excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor<sup>32</sup>.

En su estudio sobre el estado de excepción, Agamben contrasta los criterios de Carl Schmitt y Walter Benjamin, especialmente en torno a la noción de soberanía. Al respecto, el iusfilósofo Daniel McLoughlin remarca que la perspectiva de Agamben sintetiza en gran medida la dialéctica generada entre los dos citados autores, pero esencialmente cuestionando la postura de Schmitt acerca del carácter supuestamente transitorio y jurídico del estado de excepción cuando el mismo adquiere permanencia e indeterminación por devenir en regla general<sup>33</sup>. En tal virtud, como expone McLoughlin, la cuestión no viene dada tanto por la juridicidad o no del estado de excepción y el hecho de que sea concebido o no como un ámbito de vaciamiento legal, sino por el ejercicio efectivo del poder político por parte de quien se atribuye la autoridad para vigilar la aplicación de la ley; lo que ha sido sugerentemente metaforizado

por Agamben a través de los personajes kafkianos, especialmente el guardián y el campesino de la conocida parábola *Ante la ley*, incluida en la novela *El Proceso*<sup>34</sup>.

Al analizar la respuesta jurídico-política de los Estados a la actual pandemia, Agamben ha mantenido su línea crítica respecto a los estados de excepción, formulando criterios que incluso han suscitado polémica. Según el citado filósofo italiano, la reacción de las autoridades estatales a la pandemia ha puesto nuevamente de manifiesto la creciente tendencia hacia el uso del estado de excepción como un paradigma de gobierno normal; en tal virtud, la pandemia es vista como una nueva justificación para implementar medidas extraordinarias a un nivel ilimitado, restringiendo la libertad en nombre de un anhelo de seguridad<sup>35</sup>.

Posteriormente, Agamben pretendió precisar sus expresiones iniciales<sup>36</sup>, pero sin dejar de insistir en que la pandemia ha evidenciado con claridad que el estado de excepción al cual los gobiernos han habituado a sus poblaciones desde tiempo atrás, ha devenido realmente en un estado de normalidad; añadiendo que la gente

<sup>32</sup> *Ibid.*, 70.

<sup>33</sup> Cfr. Daniel McLoughlin. "The fiction of sovereignty and the real state of exception: Giorgio Agamben's critique of Carl Schmitt", *Law, Culture and the Humanities*, 0(0) (2013): 1-20.

<sup>34</sup> Ver: Giorgio Agamben. *Homo sacer: sovereign power and bare life* (Ser. Homo sacer, 1). Stanford University Press, California (1998).

<sup>35</sup> Cfr. Giorgio Agamben. "The state of exception provoked by an unmotivated emergency", 26 de febrero de 2020, <http://positionspolitics.org/giorgio-agamben-the-state-of-exception-provoked-by-an-unmotivated-emergency/>.

<sup>36</sup> Cfr. Giorgio Agamben, "Clarifications", 17 de marzo de 2020, <https://itself.blog/2020/03/17/giorgio-agamben-clarifications/>.

se ha acostumbrado tanto a vivir en condiciones de crisis y emergencia permanentes, que parece no notar que su vida se ha reducido a una pura condición biológica, esto es a su ya conocido concepto de “nuda vida”<sup>37</sup>.

Como han apuntado autores como Jean-Luc Nancy<sup>38</sup> y Wolfgang Gil Lugo<sup>39</sup>, la perspectiva de Agamben acerca de la respuesta estatal a la pandemia luce reduccionista y no se compadece con la verdadera gravedad de la situación; sin embargo, apuntan que de todas formas resulta hasta cierto punto valiosa y clarificadora con relación al uso que han podido hacer de ella los diferentes gobiernos para sustentar la aplicación de medidas coercitivas extraordinarias, que podrían haber excedido el marco de la necesaria respuesta a la emergencia sanitaria. En todo caso, estos planteamientos inciden en la discusión en torno a la cuestión de la normalización de la excepción en razón de circunstancias extremas y hasta apocalípticas.

Respecto al colosal impacto de la pandemia, el sociólogo Jens Zinn analiza los factores que han podido contribuir a que la COVID-19 se convierta en una “amenaza monstruosa”, que legitima la imposición de restricciones

significativas a la libertad de las personas y se justifica en la ética de mantener a toda la población a salvo<sup>40</sup>. En este sentido, el citado autor argumenta que cuatro factores han contribuido a construir esa “amenaza monstruosa”, a saber: i) la realidad de un grave virus expandiéndose por el mundo; ii) la cobertura mediática que ha proyectado el impacto del virus; iii) tendencias psicológicas en la respuesta humana a los riesgos inciertos, desconocidos e involuntarios; iv) la epidemiología científica y su generación de conocimiento autoritativo y herramientas para gestionar enfermedades contagiosas.

Con base en estas consideraciones, el referido autor asevera que la combinación de esos factores ha provisto al virus de un poderío político que ha presionado a los gobiernos a implementar medidas cada vez más rígidas, con evidentes variaciones contextuales. En este sentido, Jens Zinn destaca que la pandemia y sobre todo la respuesta gubernamental a la misma han podido exacerbar –o por lo menos, hacer relucir palmariamente– profundas desigualdades sociales y económicas. Asimismo, el referido autor explica que la COVID-19 ha demostrado ser un caso de prueba

37 Ver Giorgio Agamben. *Homo sacer: sovereign power and bare life* (Ser. Homo sacer, 1). Stanford University Press, California (1998).

38 Jean-Luc Nancy. “Eccezione virale”, 27 de febrero de 2020, <https://antonomie.it/index.php/2020/02/27/eccezione-virale/>.

39 Wolfgang Gil Lugo. “Coronavirus: Agamben y la virulencia del estado de excepción”, 23 de junio de 2020, <https://prodavinci.com/coronavirus-agamben-y-la-virulencia-del-estado-de-excepcion/>.

40 Cfr. Jens O. Zinn. “‘A monstrous threat’: how a state of exception turns into a ‘new normal’”. *Journal of Risk Research*, 23: 7-8 (2020): 1083-1091.

para enfermedades más graves y contagiosas que se pueden reproducir globalmente; y que ha expuesto las debilidades de los sistemas nacionales de salud, las respuestas de los Estados y las desigualdades a nivel nacional e internacional.

En esta línea de razonamiento, puntualiza Zinn que la respuesta estatal parte necesariamente de un principio ético en virtud del cual nadie debe ser expuesto al riesgo de morir por un virus si se puede evitar, pero que esta connotación podría desdeñar la existencia de otros riesgos sociales concurrentes, favoreciendo intervenciones más inmediatas por sobre la atención a factores de riesgo más estructurales y profundos. De igual manera, a criterio del citado autor se constata que en su reacción excepcional a través de medidas tales como el confinamiento o el toque de queda, los gobiernos han demostrado en general una falta de confianza en la población para enfrentar la crisis. Recalca el autor en cuestión que tales medidas podrían generar riesgos secundarios, teniendo en cuenta no solamente su impacto socioeconómico desigual entre diversos grupos sociales, sino también sus ostensibles efectos perniciosos sobre la salud física y mental desde una dimensión más holística.

El análisis propuesto por Jens Zinn permite vislumbrar que la actual pandemia constituye un fenómeno social multifactorial y con un amplio espectro de repercusiones de diversa naturaleza. Coincidiendo con esta perspectiva, Cazzolla y sus colegas afirman que para aprender a gestionar la pandemia se debe abarcar la complejidad de este fenómeno global y capturar sus interdependencias en sus diferentes escalas y contextos<sup>41</sup>. En este sentido, señalan que la sobreexplotación de la biósfera y geósfera ha conducido al apareamiento de contagios peligrosos transmitidos por animales, tales como HIV, rabia, malaria, dengue, entre otras.

Por ello, dichos autores aseveran que las diferentes pandemias han puesto de relieve que nuestras sociedades, caracterizadas por una creciente globalización, urbanización, ganadería industrial, intensificación agrícola no sustentable y la explotación de los recursos naturales, quebrantan el sistema simbiótico y auto-regulador del planeta, lo que provoca una pérdida de diversidad, y crea las condiciones para el surgimiento de nuevas pandemias. Por tanto, de acuerdo a Cazzolla y sus colegas, una pandemia debe ser vista como un fenómeno evolutivo que emerge de la interacción entre la antropósfera, la biósfera y la geósfera.

---

<sup>41</sup> Cfr. Roberto Cazzolla Gatti, et al., "Diversity lost: COVID-19 as a phenomenon of the total environment", *Science of the Total Environment*, 756 (2021): 1-14.

La denominada antropósfera cobra una especial relevancia, entendida como un sistema diverso, complejo y multiescalar en el cual agentes biológicos y socioculturales interactúan y se influyen mutuamente a lo largo del tiempo<sup>42</sup>. De acuerdo al marco teórico desarrollado por los autores en referencia, la influencia recíproca entre la pandemia y las otras esferas y la antropósfera puede ser analizada a través de tres niveles: micro (efectos negativos a nivel individual), meso (desigualdades socioeconómicas estructurales) y macro (ámbito de la política pública y toma de decisiones gubernamental). Concluyen dichos autores de este modo:

Las presiones humanas sobre la diversidad en todas las esferas han creado las condiciones previas para el surgimiento de la pandemia y han sentado las bases para sus drásticos efectos. Los impactos antropogénicos como la superpoblación, la fragmentación ecológica, el agotamiento cada vez mayor de la diversidad de la biosfera y la geósfera, las desigualdades socioeconómicas y las disparidades en la salud han contribuido no sólo al surgimiento de la pandemia sino también a sus graves consecuencias tanto para nuestras sociedades como para el medio ambiente en general. El agotamiento de la diversidad geoquímica, biológica y humana ha resultado en una acumulación de factores estresantes desestabilizadores que afectan las actividades humanas y las estrategias de gobernanza global, así como especies y ecosistemas enteros (...) Los impactos inmediatos de la pandemia en la diversidad de la antropósfera, debido a los regímenes de cuarentena a gran

escala, pueden parecer auspiciosos a corto plazo para la regeneración de la diversidad de la biósfera y la geósfera, pero tienen consecuencias negativas a largo plazo. Después de un bloqueo económico temporal, los recursos se redistribuyen lejos de las políticas de justicia social y la conservación de la naturaleza, y hacia una economía explotadora, lo que puede tener efectos negativos a mediano y largo plazo. Las regiones más afectadas ya están volviendo a las agendas centradas en el crecimiento económico anteriores al COVID, los problemas preexistentes de justicia social se exacerban en muchos lugares y ya están surgiendo nuevas presiones sobre la diversidad biogeoquímica como consecuencia de la primera ola de la pandemia<sup>43</sup>.

Portales motivos, las condiciones de posibilidad para la consolidación de un estado pandémico permanente –o por lo menos recurrente– lucen altamente probables, en especial frente a la potencial permanencia e incluso profundización de tales factores. Sin embargo, esta constatación también abre las puertas hacia la regeneración y resignificación del debate en torno a la modificación de la actual configuración de la antropósfera, por medio de la innovación de los determinantes verisímilmente nocivos del antropoceno.

Precisamente sobre este punto, Matthewman y Huppertz observan que si bien la actual pandemia ha podido producir o canalizar elementos para un escenario distópico, la adversidad colectiva también ha podido crear

42 *Ibid.*, 7.

43 *Ibid.*, 10.

solidaridad social<sup>44</sup>. Esta constatación se vincula con la comprensión de que la asistencia estatal rara vez se encuentra en el lugar adecuado, en el momento oportuno, y/o en cantidad suficiente, lo que por necesidad brindaría un impulso a la acción de la sociedad civil. De manera concordante, el antropólogo Arjun Appadurai apunta que la actual crisis ha mostrado los límites de la política pública y de la acción gubernamental frente una enfermedad con una alta movilidad global; en tal virtud, se ha verificado que los estados requieren indefectiblemente la colaboración de la sociedad en general, en este caso a través de las prácticas de auto-aislamiento, auto-monitoreo y cuidado mutuo<sup>45</sup>.

Frente a las consideraciones sistémicas y estructurales de la actual pandemia, se pueden encontrar también concepciones apocalípticas de singular implicación. Como explica el antropólogo Simon Dein, a lo largo de la historia las narrativas pandémicas y apocalípticas han ido de la mano muy estrechamente<sup>46</sup>. Coincidiendo con este pensamiento, el filósofo y periodista Hannes Stein sostiene que

no es sorprendente que la pandemia que nos rodea haya sido comparada con el apocalipsis, ya que la gente ha estado tratando de encontrarle un significado a esta plaga<sup>47</sup>. Por otra parte, la concepción terrorífica o monstruosa de la pandemia también ha conllevado su moralización, en el sentido de justificarse la imposición de determinados males o daños colaterales o instrumentales en aras de un bien superior<sup>48</sup>.

En este sentido, Graso, Xuan y Reynolds llevaron a cabo una serie de experimentos sociales que les permitieron concluir que, dado que los impactos a la salud de la COVID-19 son una amenaza urgente, visible y cuantificable, los esfuerzos para reducir ese daño se han convertido en mandatos morales; lo que implica que las consecuencias afflictivas inherentes al combate sanitario de la pandemia son aceptadas como más tolerables que similares efectos no deseables relacionados con esfuerzos que no correspondan a dicho combate<sup>49</sup>. En otras palabras, las poblaciones estarían más dispuestas a aceptar la restricción de sus derechos y a soportar algunas penurias si ello se justifica por la

44 Cfr. Steve Matthewman y Kate Huppatz. "A sociology of Covid-19", *Journal of Sociology* 56(4) (2020): 675-683.

45 Cfr. Arjun Appadurai. "The COVID exception", *Social Anthropology* (2020): 1-2.

46 Simon Dein. "Covid-19 and the apocalypse: Religious and secular perspectives", *Journal of Religion and Health* (2020): 2.

47 Hannes Stein "The end of the world as we know it? Nope", 23 de abril de 2020, <https://worldcrunch.com/coronavirus/the-end-of-the-world-as-we-know-it-nope>.

48 Cfr. Maja Graso, Fan Xuan Chen y Tania Reynolds. "Moralization of Covid-19 health response: Asymmetry in tolerance for human costs", *Journal of Experimental Social Psychology*, 93 (2021): 1-12.

49 *Ibid.*, 7-8. Evidentemente, los resultados de este estudio deben ser considerados con precaución, ya que aluden al contexto específico de dos países desarrollados (Estados Unidos y Nueva Zelanda) y a un ámbito temporal determinado de carácter no diacrónico.

necesidad de proteger la salud en la lucha contra la pandemia, que si tales limitaciones se fundamentaran en motivos de otra índole.

En todo caso y volviendo a lo señalado por Dein, la concepción apocalíptica de la pandemia plantea también la prospección de una nueva era, que se diría post-apocalíptica, atravesada por la esperanza de un cambio existencial. Al respecto, Dein reconoce que puede tomar muchos años o décadas entender la significación de lo ocurrido en el año 2020, pero que sin duda ha sido un punto de inflexión; reflexionando del siguiente modo:

Algunos han predicho cómo la pandemia puede ser una oportunidad única en una generación para rehacer la sociedad y brindar un futuro mejor. Aunque nadie puede estar seguro de cómo el nuevo coronavirus cambiará el mundo en el que vivimos, es probable que el próximo futuro será dramáticamente diferente del que conocíamos antes de la Covid-19 en términos de las formas en que vivimos, trabajamos y veneramos. La Covid-19 ha obligado a muchos países a reconsiderar sus políticas sociales, en particular la protección social y la asistencia sanitaria. Ha habido un paso del beneficio utilitario a la protección de la vida. Los intentos de ayudar a los trabajadores del sector informal podrían potencialmente disminuir la desigualdad. Aquellos trabajadores que han sido infravalorados y mal pagados antes de la crisis, como personal

médico o trabajadores clave, podrían ganar prestigio y poder, lo que se traduciría en empleos de mejor calidad. Bien podría haber más oportunidades para abordar las barreras sistemáticas que enfrentan las minorías étnicas y de otro tipo<sup>50</sup>.

Estas reflexiones empatan con una de las cuestiones esenciales abordadas en el dictamen 7-20-EE/20 y los dos votos salvados, esto es la disquisición en torno a la persistencia y severidad de la pandemia. En el voto de mayoría se asevera que, “las consecuencias de la pandemia a las que se refiere el decreto No. 1217, sin desmerecer su gravedad, se caracterizan por su duración indefinida”<sup>51</sup>. Se enfatiza que un régimen de excepción conlleva necesariamente un desmedro a la institucionalidad democrática, y que la concentración de poder que puede encarnar exige un estricto escrutinio constitucional<sup>52</sup>. En contraste, en el voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes se subraya la “magnitud apocalíptica de la pandemia”, cuyos distintos rasgos desbordan y agravan la realidad cotidiana, lo que acredita el uso de facultades extraordinarias<sup>53</sup>. De manera similar, en el voto salvado de la jueza Carmen Corral Ponce se argumenta que la pandemia justifica la adopción de medidas para evitar los efectos devastadores y mortales de la COVID-19, en favor del derecho a la vida<sup>54</sup>.

50 Simon Dein, *Óp. cit.*, 9.

51 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 64.

52 *Ibíd.*, párr. 65.

53 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado del juez constitucional Hernán Salgado Pesantes*, 28 de diciembre de 2020: p. 19.

54 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce*, 31 de diciembre de 2020: p. 24.

De la revisión del dictamen y los votos salvados se puede constatar la significación práctica de los conceptos antes examinados. Por una parte, se ponen en evidencia las implicaciones de un estado de excepción para la regularidad del sistema jurídico y el régimen democrático y constitucional. Esto implica reconocer la naturaleza potencialmente lesiva de una declaratoria de ese tipo. Sin embargo, también problematiza la cuestión de la juridicidad de origen y legitimidad normativa del estado de excepción, partiendo de la base de que se trata de una facultad expresamente contemplada en la Constitución. El control constitucional operaría entonces como dique de contención frente a posibles excesos del poder público.

Por otro lado, los argumentos esgrimidos en los votos salvados se entrelazan con la dimensión ética de la respuesta estatal a la pandemia, en el sentido de que la salvaguarda del derecho fundamental a la vida justificaría la imposición de determinados límites a los derechos y libertades. El imaginario apocalíptico de la pandemia puede exigir a su vez la decidida atención por parte de la institucionalidad pública, a fin no sólo de solventar las acuciantes necesidades sanitarias de la población, sino también para canalizar y responder a la subjetividad social marcada

inevitablemente por inmanentes sentimientos de desconcierto y temor. Por tanto, la discusión en torno a la transitoriedad o permanencia de un fenómeno extremadamente complejo como la pandemia presenta retos insalvables, que a su vez se vinculan con su connotación –por lo menos simbólicamente– distópica para el entorno humano.

#### **4. Análisis específico del dictamen 7-20-EE/20**

La CCE, por voto de mayoría, en el dictamen 7-20-EE/20 resolvió por primera vez declarar inconstitucional un decreto ejecutivo de declaratoria de estado de excepción. En otra ocasión y también por mayoría, la actual Corte ya había emitido un criterio desfavorable (dictamen 3-20-EE/20A) respecto a una medida específica (recaudación anticipada del impuesto a la renta) adoptada en el contexto de un estado de excepción, pero nunca antes había determinado la inconstitucionalidad plena de una declaratoria de este tipo. En todo caso, esta decisión tuvo como antecedente no sólo el mencionado dictamen, sino también una serie de resoluciones en las cuales la CCE ya había condicionado los contenidos de los estados de excepción; así, por ejemplo, en el dictamen 5-19-EE/19 se dispuso la reducción a treinta días la duración del estado de excepción declarado en el decreto ejecutivo No. 884.

Para efectos de un control integral a los estados de excepción, la CCE examina minuciosamente cada uno de los requisitos en sus dos dimensiones: formal y material. De la revisión del texto del dictamen en comento se observa que la Corte, en lo que atañe al control formal del estado de excepción, encuentra que la declaratoria y las medidas adoptadas cumplen con los requisitos formales previstos en los arts. 120 y 122 LOGJCC<sup>55</sup>.

En cuanto al control material y al momento de verificar cada uno de los parámetros fijados en los arts. 121 y 123 LOGJCC, la CCE establece como regla general que los “estados de excepción operan frente a circunstancias actuales y ciertas, mas no son herramientas frente a escenarios probables o futuros”<sup>56</sup>; ratificando además lo ya señalado en el dictamen 6-20-EE/20<sup>57</sup>, esto es que la carga de la prueba respecto a la necesidad de un estado de excepción recae exclusivamente

sobre el Ejecutivo<sup>58</sup>. En este punto llama la atención la postura pasiva asumida por anteriores conformaciones de la CCE; así, por ejemplo, tras los acontecimientos del 30 de septiembre de 2010, en forma reiterada el Ejecutivo, tanto en sus declaratorias como en las continuas renovaciones, utilizó la “muletilla” de que se justificaba el estado de excepción en razón de que “podría generar grave conmoción interna”<sup>59</sup>.

La respuesta de anteriores conformaciones de la Corte, aparte de no ser inmediata, lo que tornaba el control en inoficioso<sup>60</sup>, justificaba la real ocurrencia con eventos que sucedieron en el año 2010, pero que al momento de la expedición de los nuevos decretos y sus continuas renovaciones ya no existían; es decir, se devela una indebida utilización del estado de excepción con carácter preventivo y con base en probabilidades hipotéticas, lo que limita el principio de excepcionalidad

55 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 15.

56 *Ibíd.*, párr. 23.

57 CCE, *Dictamen 6-20-EE/20*, 19 de octubre de 2020: párr. 30.

58 *Ibíd.*, párr. 25.

59 Entre esos decretos ejecutivos de continuas expediciones y renovaciones tenemos los siguientes: 647 de 8 de febrero de 2011 (RO. 387, de 17 de febrero de 2011); 727 de 9 de abril de 2011 (RO. 439, 3 de mayo de 2011); 759 de 9 de mayo de 2011 (RO. 458, 30 de mayo de 2011); 815 de 8 de julio de 2011 (RO. 498, 25 de julio de 2011); 846 de 8 de agosto de 2011 (RO. 519, 24 de agosto de 2011); 908 de 7 de octubre de 2011 (RO. 559, 19 de octubre de 2011); 932 de 7 de noviembre de 2011 (RO. 578, 17 de noviembre de 2011); 998 de 6 de enero de 2012 (RO. 626, 25 de enero de 2012); 1042 de 6 de febrero de 2012 (RO. 645, 23 de febrero de 2012); 1129 de 6 de abril de 2012 (RO. 685, 18 de abril de 2012); 1163 de 7 de mayo de 2012 (RO. 709, 23 de mayo de 2012); 1231 de 6 de julio de 2012 (RO. 754, 26 de julio de 2012); 1258 de 6 de agosto de 2012 (RO. 773, 23 de agosto de 2012); 1318 de 5 de octubre de 2012 (RO.S-2 811, 17 de octubre de 2012); 1352 de 5 de noviembre de 2012 (RO. 834, 20 de noviembre de 2012); 1399 de 4 de enero de 2013 (RO. 877, 23 de enero de 2013); y, 1428 de 4 de febrero de 2013 (RO. 895, 20 de febrero de 2013).

60 A manera de ejemplo se puede citar el control de constitucionalidad tardío o extemporáneo a los siguientes decretos ejecutivos: 647 del 8 de febrero de 2011 y resuelto el 27 de mayo de 2015 (en este caso en un solo dictamen también se resolvió la constitucionalidad de la renovación, constante en el decreto 727 de 9 de abril de 2011); 759 de 9 de mayo de 2011 y resuelto el 1 de julio de 2015; 815 de 8 de julio de 2011 y resuelto el 1 de julio de 2015; 846 del 8 de agosto de 2011 y resuelto el 13 de mayo de 2015; 908 de 7 de octubre de 2011 y resuelto el 27 de mayo de 2015; 932 de 7 de noviembre de 2011 y resuelto el 13 de mayo de 2015; 998 de 6 de enero de 2012 y resuelto el 27 de mayo de 2015; 1042 de 6 de febrero de 2012 y resuelto el 10 de junio de 2015; 1129 de 6 de abril de 2012 y resuelto el 13 de mayo de 2015; 1163 de 7 de mayo de 2012 y resuelto el 10 de junio de 2015; 1231 de 6 de julio de 2012 y resuelto el 21 de octubre de 2015; 1258 de 6 de agosto de 2012 y resuelto el 27 de mayo de 2015; 1318 de 5 de octubre de 2012 y resuelto el 3 de junio de 2015; 1352 de 5 de noviembre de 2012 y resuelto el 1 de julio de 2015; 1399 de 4 de enero de 2013 y resuelto el 12 de agosto de 2015; 1428 de 4 de febrero de 2013 y resuelto el 10 de junio de 2015.

por el cual el presupuesto fáctico exige actualidad y certeza.

Continuando con el análisis del dictamen 7-20-EE/20, el Presidente de la República fundamenta el estado de excepción en un posible riesgo no actual por la nueva variante del COVID-19, originado en el Reino Unido, lo cual en términos del dictamen en comento impide a la CCE verificar la real ocurrencia de los hechos alegados. La Corte deja además en claro en este punto que el Ejecutivo, a través de los mecanismos de prevención disponibles en sus facultades ordinarias, debe adoptar las medidas preventivas necesarias<sup>61</sup>.

En cuanto a la verificación de los hechos constitutivos que configuran la causal de calamidad pública invocada, la CCE recuerda en su resolución<sup>62</sup> la advertencia previamente formulada en el dictamen 5-20-EE/20, en el sentido de que, “no admitirá una nueva declaratoria sobre los mismos hechos que han configurado la calamidad pública en dos ocasiones previas con sus respectivas renovaciones”<sup>63</sup>. Al analizar este aspecto la Corte determina que la fundamentación del Presidente descansa en tres puntos: i) la nueva variante del virus encontrada

en el Reino Unido; ii) el incremento de aglomeraciones y reuniones masivas pese a los controles; y, iii) el aumento de contagio, así como el posible desborde del sistema de salud pública, si es que no se adopta un nuevo estado de excepción.

Al examinar estas alegaciones, la CCE observa sobre el punto i) que no existe evidencia de que esta variante haya sido detectada en el territorio ecuatoriano, por lo que no se cumpliría con el presupuesto de la real ocurrencia de los hechos alegados a nivel nacional. Se observa que por sí solos el origen de la variante del virus en el Reino Unido y su virulencia no constituyen, a juicio de la CCE, motivos suficientes para la declaratoria del estado de excepción<sup>64</sup>. Igualmente, sobre el punto ii), la CCE es enfática en afirmar que el decreto no justifica cómo la declaratoria de estado de excepción controlaría de manera efectiva las aglomeraciones y reuniones masivas, tomando en consideración lo afirmado en el decreto No. 1217 en cuanto a la imposibilidad de ejercer control sobre tales actos<sup>65</sup>. En su lugar, la Corte reconoce que, mediante el régimen legal ordinario y a través de regulaciones concretas como restricción de aforos y actividades comerciales y circulación de vehículos, entre otras, se puede válidamente prevenir las aglomeraciones y reuniones masivas<sup>66</sup>.

61 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 23.

62 *Ibíd.*, párr. 26.

63 CCE, *Dictamen 5-20-EE/20*, 24 de agosto de 2020: párr. 137.1.i.

64 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 32.

65 *Ibíd.*, párr. 34.

66 *Ibíd.*, párr. 36.

Acerca del punto iii), la CCE señala que al haberse vuelto ya la COVID-19 un asunto previsible, los aumentos y contagios deben ser abordados por las mecanismos ordinarios. En efecto, según estima la Corte, lo impredecible e intempestivo de la pandemia en su inicio se ha tornado ahora en previsible por el paso del tiempo; en consecuencia, no se constituye en una causal distinta a las que se invocaron como fundamento para la declaratoria de estado de excepción en dos ocasiones previas, cada una de ellas por noventa días<sup>67</sup>.

En lo que atañe a la verificación de que los hechos que motivan la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario, la CCE se remite a los anteriores dictámenes de control de constitucionalidad sobre la materia, en los que estableció y advirtió de la necesidad de tomar medidas indispensables de carácter ordinario. A ello se suma la determinación de que los organismos correspondientes, en el ámbito de sus competencias, emitan normas (leyes u ordenanzas) y ejecuten acciones de política pública que permitan afrontar debidamente los efectos de la nueva variante de la COVID-19.

---

67 *Ibíd.*, párr. 42.

68 *Ibíd.*, párr. 57.

69 CCE, *Dictamen 4-20-EE/20*, 19 de agosto de 2020: párr. 40.

70 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020: párr. 61.

En referencia a la verificación de que la declaratoria respete los límites temporales y espaciales fijados en la CRE, la Corte concluye que no existe concordancia entre la temporalidad de la declaratoria (treinta días) y la temporalidad de las medidas dispuestas, como es el caso concreto del “toque de queda” impuesto desde el 21 de diciembre de 2020 hasta el 3 de enero de 2021<sup>68</sup>. Al respecto, cabe recalcar que el principio de temporalidad está vinculado a los principios de necesidad y proporcionalidad, debiendo justificarse debidamente dicha cuestión por parte del Ejecutivo, correspondiendo limitarse al tiempo estrictamente necesario y al lugar en donde ocurren los hechos que justifiquen la declaratoria<sup>69</sup>. En este último aspecto, esto es el límite espacial, la CCE concluye que no se justifica expresamente la declaratoria para todo el país, cuando de la información contenida del decreto la tendencia del virus es decreciente, creciente y estacionaria según la provincia de que se trate<sup>70</sup>.

En cuanto a las medidas extraordinarias emitidas en el decreto ejecutivo, la CCE al verificar que la declaratoria de estado de excepción no supera los parámetros previstos en el art. 121 de la LOGJCC, se abstiene de

realizar el control material sobre las mismas en los términos previstos en el art. 123 de la LOGJCC. Por último, se debe destacar la importancia de los criterios esgrimidos bajo el epígrafe *Consideraciones adicionales*, en donde la Corte deja en claro, apartándose de lo sostenido por la conformación anterior<sup>71</sup>, que los estados de excepción deben ser de carácter temporal y no pueden llegar a perennizarse, en este caso, mientras dure la pandemia y sus consecuencias; pues para ello el régimen ordinario y las medidas de política pública regulares serían suficientes y adecuadas. En definitiva, como enfatiza la CCE, mientras más se tienda a perpetuar el estado de excepción más existe la posibilidad de que el gobierno se aleje de los criterios objetivos, cayendo en consecuencia en un uso cada vez más pernicioso de esta figura, lo que no se correspondería con la esencia de un Estado constitucional.

## 5. Relevancia de los criterios vertidos en los votos salvados

Frente a la posición adoptada en el voto de mayoría, el juez constitucional Hernán Salgado Pesantes y la jueza constitucional Carmen Corral Ponce emitieron sendos votos salvados en los cuales manifestaron su discrepancia

con lo resuelto en el dictamen. Como se mencionó anteriormente, el criterio de minoría considera que la pandemia es de tal magnitud y gravedad que la constatación del surgimiento de una nueva variante y las dificultades para controlar la situación justifican plenamente la declaratoria de un nuevo estado de excepción. Al respecto, existen algunas cuestiones que merecen ser destacadas y comentadas.

En el voto salvado del juez Salgado Pesantes se manifiesta que la pandemia es un proceso cuya evolución resulta incierta, y que por ende “no constituye un suceso único e indivisible cuyo alcance, magnitud y, por tanto, consecuencias, permanecen uniformes en el tiempo; por el contrario, existen etapas o fases que podrían ocurrir en determinados momentos o lugares, mientras se supera o controla la enfermedad”<sup>72</sup>. De su lado, la jueza Corral Ponce estima que en el decreto se acredita suficientemente la configuración de la causal invocada, particularmente por la verificación de que la mutación proveniente del Reino Unido sería más virulenta, sumado al incremento de aglomeraciones por las festividades de diciembre<sup>73</sup>. En este sentido, ambos votos convergen en que los hechos descritos en el Decreto permiten concluir que la pandemia ha presentado distintos rasgos que desbordan la realidad cotidiana<sup>74</sup>.

71 Los criterios de las diversas conformaciones anteriores de la CCE consideraron a la temporalidad como un principio que se conjuga con los de necesidad y excepcionalidad, justificando de este modo la expedición de varios estados de excepción por los mismos hechos y por fuera de los noventa días que como límite máximo prevé la CRE en el art. 166, inciso segundo. Ver: *sentencia 0003-09-SEE-CC*, 3 de septiembre de 2009.

72 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado del juez constitucional Hernán Salgado Pesantes*, 28 de diciembre de 2020: p. 18.

73 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce*, 31 de diciembre de 2020: p. 23-24.

74 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado del juez constitucional Hernán Salgado Pesantes*, 28 de diciembre de 2020: p. 19.

Igualmente resultan significativos los razonamientos constantes en los votos salvados respecto a la extrema gravedad de la situación actual. Es así que en el voto del juez Salgado Pesantes, como se señaló anteriormente, se resalta la “magnitud apocalíptica de la pandemia”, argumentado que la misma amerita un estado de excepción en consideración a los miles de muertos y contagiados que provoca<sup>75</sup>. En línea con esta postura, la jueza Corral Ponce también se hace eco de la terrible severidad de la pandemia, señalando que, si bien en su criterio la declaratoria de estado de excepción se basa en hechos actuales, incluso si fuere preventiva estaría justificada por la gravedad de la situación que se vive a nivel mundial, y a fin de adoptar medidas que contribuyan a evitar los efectos devastadores y mortales de la COVID-19<sup>76</sup>.

Finalmente, otro de los aspectos relevantes de los votos salvados es el argumento que se hace a favor de una protección concreta del derecho a la vida frente a una alegada salvaguarda abstracta a la democracia y los derechos fundamentales en general. En ambos pronunciamientos se hace hincapié en este razonamiento<sup>77</sup>, infiriéndose de los mismos que la afectación y riesgo para la vida como

derecho primigenio y esencial para el ejercicio y goce de cualquier otro, justifica la imposición de medidas extraordinarias. Concretamente, en el voto salvado del juez Salgado Pesantes se expresa que, “si bien teóricamente no se acepta jerarquizar los derechos, resulta racional dar a la vida humana la prioridad que exige; inútil sería ponderar la libertad de movilidad, de reunión y asociación frente al derecho a la vida”<sup>78</sup>.

De la revisión de los votos salvados se constata que la CCE ha enfrentado un reto sumamente complejo al efectuar el control constitucional de la más reciente declaratoria de estado de excepción. Por una parte, se observa que el voto de mayoría se ha inclinado por una postura estricta, que se compadece con la línea jurisprudencial rigurosa y exigente que ha venido desarrollando la actual conformación de la Corte. Por otro lado, los criterios de minoría traslucen la preocupación acuciante en torno a la extrema gravedad y profundidad de la actual pandemia, enfatizando que la situación es de tal envergadura y severidad que se justificaría incluso sobrepasar ciertos límites anteriormente fijados respecto al estado de excepción. Lo cierto es que la tarea de la CCE ha sido titánica, de lo que ha dejado

75 *Ibidem*.

76 CCE, *Dictamen 7-20-EE/20. Voto salvado de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce*, 31 de diciembre de 2020: p. 24.

77 *Ibid.*, pp. 18-19 y 24.

78 *Ibid.*, p. 20.

incontestable testimonio en la serie de dictámenes y resoluciones emitidas a lo largo del año anterior y en lo que va del presente, en torno a las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia en el Ecuador.

## 6. Conclusiones

El más reciente dictamen de control constitucional de estado de excepción emitido por la CCE (7-20-EE/20) constituye un hito sobre la materia, ya que ha supuesto la primera ocasión en que se declara la inconstitucionalidad de una declaratoria de ese tipo. Esta circunstancia resulta aún más notable teniendo en cuenta la gravedad generalmente aceptada de la situación provocada por la pandemia por la COVID-19. Sin embargo, esta resolución en realidad guarda consonancia con la línea jurisprudencial más rigurosa desarrollada por la actual conformación de la Corte, que ha demostrado un ejercicio de control mucho más estricto y exigente.

Es así que el presente artículo, tras hacer un recorrido por la evolución histórica de la actividad jurisdiccional de la CCE sobre esta materia, ha constatado el notable contraste en términos tanto cuantitativos como cualitativos entre el accionar de la actual conformación y las anteriores. En este sentido, se ha verificado que la Corte en funciones

ha emitido sus dictámenes en un tiempo promedio sumamente corto, evidenciando la especial prioridad brindada a la pronta resolución y notificación de estos casos. Igualmente, el análisis ha permitido constatar que únicamente a partir de la actual conformación la CCE ha empezado a ordenar medidas de control y seguimiento a los estados de excepción, tanto de manera general a las declaratorias, como a las políticas o actos ejecutados dentro de ese marco legal.

La complejidad del fenómeno social en que se ha convertido la pandemia se evidencia claramente en las disquisiciones conceptuales y prácticas encontradas en el dictamen y los votos salvados. Las cuestiones allí debatidas trascienden el ámbito jurídico y se entrelazan con las discusiones doctrinarias más amplias sobre el surgimiento de enfermedades contagiosas de alcance global y la respuesta que deben brindar las sociedades y sus mecanismos de control social formal, específicamente la institucionalidad estatal. En este sentido, se advierte una tensión alrededor de la innegable necesidad de adoptar medidas extraordinarias para salvaguardar la vida y salud de las poblaciones, y la inevitable constatación de que la pandemia y sus consecuencias pueden extenderse, permanecer y hasta reaparecer a lo largo del tiempo.

El estudio específico del dictamen 7-20-EE/20 ha permitido identificar más concretamente los principales criterios jurisprudenciales desarrollados por la actual conformación y que la diferencian de sus predecesoras. Se puede observar que la actual CCE se aleja o aparta de los anteriores precedentes en temas de enorme relevancia acerca del control constitucional de estados de excepción; así principalmente, el principio de temporalidad y los tiempos de respuesta oportuna en el control constitucional y no en forma extemporánea e inoficiosa luego de haberse decretado y fenecido la declaratoria. Tales parámetros evidencian el férreo compromiso de la Corte en funciones, para a través de la salvaguarda de los contenidos de la Constitución, fortalecer el Estado constitucional de derechos y justicia.

## Anexo 1. Control de Constitucionalidad de Estados de Excepción 2008-2020

Conformaciones	Sentencia / Dictamen	Caso	Fecha de sentencia o dictamen	Fecha de ingreso a la CCE	Fecha del Decreto	Decreto objeto del pronunciamiento		Fecha de expedición de sentencia	Declaratoria		Medidas	Votación	
						Decreto	Renovación		Constitucionalidad	Inconstitucionalidad		Voto salvado	Voto ausente
Primera Conformación (6 de noviembre 2012- 5 de noviembre 2015)	37	001-13-DEE-CC	0006-12-EE	4-sep-13	2-may-12	2-may-12	No.1160	x	18-sep-13	x			
	38	001-14-DEE-CC	004-13-EE	15-ene-14	24-sep-13	23-sep-13	No.116 y No.168	x	15-ene-14	x			x
	39	001-15-DEE-CC	0005-11-EE	31-mar-15	24-may-11	20-may-11	No.783		27-abr-15	x			x
	40	002-15-DEE-CC	0004-12-EE	29-abr-15	12-mar-12	9-mar-12	No.1090		14-may-15	x			x
	41	004-15-DEE-CC	0009-11-EE	13-may-15	9-ago-11	8-ago-11	No.1129		15-may-15	x			x
	42	005-15-DEE-CC	0005-12-EE	13-may-15	10-abr-12	9-abr-12	No.932		15-may-15	x			x
	43	003-15-DEE-CC	0012-11-EE	13-may-15	9-nov-11	7-nov-11	No.846	x	15-may-15	x			x
	44	006-15-DEE-CC	0011-11-EE	27-may-15	13-oct-11	10-oct-11	No.908	x	9-jun-15	x			x
	45	008-15-DEE-CC	0001-12-EE	27-may-15	10-ene-12	6-ene-12	No.647 y No.727	x	9-jun-15	x			x
	46	009-15-DEE-CC	0002-11-EE	27-may-15	8-feb-11	8-feb-11	No.1258		9-jun-15	x			x
	47	007-15-DEE-CC	0010-12-EE	27-may-15	7-ago-12	6-ago-12	No.998		9-jun-15	x			x
	48	010-15-DEE-CC	0011-12-EE	3-jun-15	8-oct-12	5-oct-12	No.1318		9-jun-15	x			x
	49	013-15-DEE-CC	0002-12-EE	10-jun-15	7-feb-12	6-feb-12	No.1428		19-jun-15	x			x
	50	012-15-DEE-CC	0008-12-EE	10-jun-15	8-may-12	7-may-12	No.1163		19-jun-15	x			x
	51	011-15-DEE-CC	0001-13-EE	10-jun-15	5-feb-13	4-feb-13	No.1042		19-jun-15	x			x
	52	015-15-DEE-CC	0006-11-EE	1-jul-15	11-may-11	10-may-11	No.1352		10-jul-15	x			x
	53	014-15-DEE-CC	0012-12-EE	1-jul-15	6-nov-12	5-nov-12	No.759		10-jul-15	x			x
	54	016-15-DEE-CC	0002-13-EE	12-ago-15	15-feb-13	4-ene-13	No.1399		1-sep-15	x			x
55	017-15-DEE-CC	0001-15-EE	23-sep-15	18-ago-15	15-ago-15	No.755		2-oct-15	x			x	
56	018-15-DEE-CC	0009-12-EE	21-oct-15	9-jul-12	6-jul-12	No.1231	x	27-oct-15	x			x	
Primera Renovación (6 de noviembre 2015 - 23 de agosto 2018)	57	001-16-DEE-CC	0002-15-EE	17-feb-16	18-nov-15	18-nov-15	No.833		8-mar-16	x			x
	58	002-16-DEE-CC	0002-16-EE	27-abr-16	18-abr-16	17-abr-16	No.1001 y No.1002	x	28-abr-16	x			x
	59	003-16-DEE-CC	0008-11-EE	4-may-16	3-ago-11	3-ago-11	No.844		13-may-16	x			x
	60	004-16-DEE-CC	0003-16-EE	3-ago-16	16-jun-16	16-jun-16	No.1101	x	17-ago-16	x			x
	61	005-16-DEE-CC	0004-16-EE	3-ago-16	18-jul-16	15-jul-16	No.1116		10-ago-16	x			x
	62	006-16-DEE-CC	0001-16-EE	31-ago-16	15-ene-16	15-ene-16	No.876	x	22-sep-16	x			x
	63	007-16-DEE-CC	0006-16-EE	22-nov-16	17-oct-16	14-oct-16	No.1215		30-nov-16	x			x
	64	008-16-DEE-CC	0005-16-EE	29-nov-16	15-sep-16	14-sep-16	No.1191	x	8-dic-16	x			x
	65	001-17-DEE-CC	0008-16-EE	25-ene-17	15-dic-16	14-dic-16	No.1274	x	31-ene-17	x			x
	66	002-17-DEE-CC	0002-17-EE	8-feb-17	12-ene-17	12-ene-17	No.1295		16-feb-17	x			x
	67	003-17-DEE-CC	0007-16-EE	15-feb-17	15-dic-16	15-dic-16	No.1276		23-feb-17	x			x
	68	004-17-DEE-CC	0001-17-EE	22-feb-17	12-ene-17	12-ene-17	No.1294	x	10-mar-17	x			x
	69	005-17-DEE-CC	0003-17-EE	29-mar-17	14-mar-17	13-mar-17	No.1338	x	6-abr-17	x			x
	70	006-17-DEE-CC	0004-17-EE	19-may-17	13-abr-17	12-abr-17	No.1364		31-may-17	x			x
	71	007-17-DEE-CC	0006-17-EE	30-ago-17	13-jul-17	13-jul-17	No.66		13-sep-17	x			x
	72	008-17-DEE-CC	0007-17-EE	27-sep-17	15-sep-17	15-sep-17	No.158		5-oct-17	x			x
	73	001-18-DEE-CC	0001-18-EE	14-mar-18	29-ene-18	27-ene-18	No.296		27-mar-18	x			x
	74	002-18-DEE-CC	0008-17-EE	21-mar-18	16-nov-17	15-nov-17	No.208	x	4-abr-18	x			x
75	003-18-DEE-CC	0002-18-EE	25-abr-18	29-mar-18	29-mar-18	No.349	x	26-abr-18	x			x	
76	004-18-DEE-CC	0003-18-EE	13-jun-18	27-abr-18	27-abr-18	No.381		20-jun-18	x			x	

Segunda Conformación (5 de febrero 2019 - presente)	77	001-19-DEE-CC	0005-17-EE	15-mar-19	14-jun-17	12-jun-17	No.27	x	15-mar-19					
	78	1-19-EE/19	001-19-EE	30-may-19	28-may-19	27-may-19	No.741 y No.754		30-may-19	x			x	
	79	3-19-EE/19	0005-19-EE	9-jul-19	2-jul-19	1-jul-19	No.812		10-jul-19	x			x	x
	80	4-19-EE/19	0004-19-EE	23-jul-19	16-jul-19	15-jul-19	No.823	x	24-jul-19	x			x	x
	81	5-19-EE/19	5-19-EE	7-oct-19	3-oct-19	3-oct-19	No.884		7-oct-19	x			x	x
	82	5-19-EE/19A	5-19-EE	10-oct-19	10-oct-19	8-oct-19	No.888		10-oct-19	x			x	x
	83	5-19-EE/19B	5-19-EE	16-oct-19	14-oct-19	12-oct-19	No.893		17-oct-19	x			x	
	84	1-20-EE/20	0005-17-EE	19-mar-20	14-jun-17	12-jun-17	No.1017		15-mar-19	x			x	
	85	1-20-EE/20A	001-19-EE	25-mar-20	28-may-19	27-may-19	No.1019		30-may-19	x			x	
	86	2-20-EE/20	0005-19-EE	22-may-20	2-jul-19	1-jul-19	No.1052	x	10-jul-19	x			x	
	87	3-20-EE/20	0004-19-EE	29-jun-20	16-jul-19	15-jul-19	No.1074		24-jul-19	x			x	x
	88	3-20-EE/20A	5-19-EE	10-ago-20	3-oct-19	3-oct-19	No.1109		7-oct-19				x	x
	89	4-20-EE/20	5-19-EE	19-ago-20	10-oct-19	8-oct-19	No.1125		10-oct-19	x			x	x
	90	5-20-EE/20	5-19-EE	24-ago-20	14-oct-19	12-oct-19	No.1126	x	17-oct-19	x			x	
91	6-20-EE/20	5-19-EE	19-oct-20	10-oct-19	8-oct-19	No.1169	x	10-oct-19	x			x	x	
92	7-20-EE/20	5-19-EE	27-dic-20	14-oct-19	12-oct-19	No.1217		17-oct-19				x	x	

\*Los registros con un tono de color reforzado tienen una declaratoria de constitucionalidad sujeta a condiciones

\*Los miembros de la Primera Renovación de la CCE fueron cesados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, por este motivo el periodo entre 23 de agosto de 2019 y 4 de febrero de 2019 existió vacancia en la CCE.

Elaborado por Valeria Garrido Salas

## 7. Bibliografía

### Doctrina

Agamben, Giorgio. *Homo acer: sovereign power and bare life (Ser. Homo sacer, 1)*. California: Stanford University Press, 1998.

Agamben, Giorgio. *Estado de Excepción, Homo Sacer II. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2005.

Agamben, Giorgio. «The state of exception provoked by an unmotivated emergency». *Positions Politics* (26 de febrero de 2020). Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://positionspolitics.org/giorgio-agamben-the-state-of-exception-provoked-by-an-unmotivated-emergency/>.

Agamben, Giorgio "Clarifications". *An und für sich* (17 de marzo de 2020). Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://itself.blog/2020/03/17/giorgio-agamben-clarifications/>.

Appadurai, Arjun. «The COVID exception». *Social Anthropology* (2020). <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7283716/>.

Cazzolla Gatti, Roberto, et al. «Diversity lost: COVID-19 as a phenomenon of the total environment». *Science of the Total Environment* 756 (2021): 1-14. <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.144014>.

Dein, Simon. «Covid-19 and the apocalypse: Religious and secular perspectives». *Journal of Religion and Health* 60, n.º 1 (2020): 5-15. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7598223/>.

Dorantes Díaz, Francisco Javier. «Estado de excepción y derechos humanos. Antecedentes y nueva regulación jurídica». *Alegatos* 81 (2012): 377-394. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/223>.

Gil Lugo, Wolfgang. «Coronavirus: Agamben y la virulencia del estado de excepción». *Prodavinci* (23 de junio de 2020). Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://prodavinci.com/coronavirus-agamben-y-la-virulencia-del-estado-de-excepcion/>.

Graso, Maja, Fan Xuan Chen y Tania Reynolds. «Moralization of Covid-19 health response: Asymmetry in tolerance for human costs». *Journal of Experimental Social Psychology* 93 (2021). <https://doi.org/10.1016/j.jesp.2020.104084>.

Matthewman, Steve y Kate Huppatz. «A sociology of Covid-19». *Journal of Sociology* 56, n.º 4 (2020): 675- 683. <https://doi.org/10.1177%2F1440783320939416>.

McLoughlin, Daniel. «The fiction of sovereignty and the real state of exception: Giorgio Agamben's critique of Carl Schmitt». *Law, Culture and the Humanities* 12, n.º 3 (2013): 509-528. <https://doi.org/10.1177%2F1743872112469863>.

Nancy, Jean-Luc. «Eccezione virale». *Antinomie* (27 de febrero de 2020). Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://antinomie.it/index.php/2020/02/27/eccezione-virale/>.

Stein, Hannes «The end of the world as we know it? Nope». *Worldcrunch* (23 de abril de 2020). Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://worldcrunch.com/coronavirus/the-end-of-the-world-as-we-know-it-nope>.

Zinn, Jens O. «'A monstrous threat': how a state of exception turns into a 'new normal'». *Journal of Risk Research* 23: 7-8 (2020). <https://doi.org/10.1080/13669877.2020.175819>.

## Normativa

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984).

Decreto Ejecutivo No. 1217 (Registro Oficial 4to. S. 355, 22 de diciembre de 2020).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Registro Oficial Segundo Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009).

Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional del Ecuador (Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0003-09-SEE-CC*, 3 de septiembre de 2009.

— *Dictamen 001-19-DEE-CC*, 7 de marzo de 2019.

— *Dictamen 1-19-EE/19*, 30 de mayo de 2019.

— *Dictamen 3-19-EE/19*, 9 de julio de 2019.

— *Dictamen 1-20-EE/20*, 19 de marzo de 2020.

— *Dictamen 2-20-EE/20*, 22 de mayo de 2020.

— *Dictamen 3-20-EE/20*, 29 de junio de 2020.

— *Dictamen 3-20-EE/20A*, 10 de agosto de 2020.

— *Dictamen 4-20-EE/20*, 19 de agosto de 2020.

— *Dictamen 5-20-EE/20*, 24 de agosto de 2020.

— *Dictamen 6-20-EE/20*, 19 de octubre de 2020.

— *Dictamen 7-20-EE/20*, 27 de diciembre de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías.* Serie A No. 8.

# La protección de datos personales en entornos digitales: Análisis de la sentencia 2064-14-EP/21

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

## Resumen

Este artículo analiza una sentencia de acción extraordinaria de protección, que realizó el control de méritos de un caso en donde se comprobó la vulneración a la tutela judicial efectiva por parte del tribunal *ad quem*. El análisis se centra en el tratamiento de los datos personales, la expectativa razonable de privacidad y los derechos constitucionales a la protección de datos de carácter personal y la autodeterminación informativa, a la honra y buen nombre, a la imagen e intimidad; mismos derechos que la Corte Constitucional declaró como vulnerados dentro de una acción de hábeas data mediante la sentencia 2064-14-EP/21. Como conclusión, el artículo destaca los criterios relevantes que la Corte ha sentado dentro de su jurisprudencia en torno al manejo de datos personales en herramientas digitales, así como el alcance y la

importancia del consentimiento de la persona titular.

## Palabras clave

Tratamiento y protección de datos íntimos y personales, consentimiento, expectativa razonable de privacidad, hábeas data.

## 1. Introducción

El 27 de enero de 2021 la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia de acción extraordinaria de protección (en adelante, EP) 2064-14-EP/21, mediante la cual reconoció una vulneración al segundo momento del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho al debido proceso en la garantía de motivación, por parte de autoridades judiciales de una corte provincial. Tras verificar el cumplimiento de presupuestos para el control de méritos<sup>1</sup>, la CCE desarrolló un profundo análisis de los derechos a la protección de datos personales, a la imagen, a la intimidad, y a la honra y buen nombre, todos estos alegados dentro de una demanda de la garantía jurisdiccional de hábeas data.

Por una parte, dentro del análisis constitucional realizado, se comprobó el acceso a los medios de impugnación y una oportuna notificación de la decisión del tribunal *ad quem*, a pesar de la alegación de la parte accionante sobre una posible vulneración al derecho a recurrir<sup>2</sup>. Además, la CCE reiteró que un pronunciamiento desfavorable por parte de una

autoridad judicial no deviene en una vulneración al referido derecho a interponer recursos<sup>3</sup>. En segundo lugar, la Corte confirmó que la garantía *non reformatio in peius* integra el derecho al debido proceso penal, por lo que ésta no era aplicable para el caso en cuestión<sup>4</sup>. En tercer lugar, la CCE evidenció que se cumplió con el derecho al acceso a la justicia, dado que se admitió a trámite el recurso de apelación y se celebró una audiencia donde se expusieron los argumentos alegados, por lo que descartó una vulneración al primer momento de la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa<sup>5</sup>.

Por otra parte, en su análisis, la Corte enfatizó el carácter imperativo de la constatación de posibles vulneraciones a derechos constitucionales, al momento de argumentar y justificar una decisión emanada por un ente jurisdiccional. La CCE advirtió que, en caso de omitirse esta obligación, las sentencias emitidas por las autoridades judiciales adolecerían de incongruencia en la motivación<sup>6</sup>. En vista de que la decisión impugnada no contó con una explicación de la pertinencia de las normas o precedentes aplicados, la

1 En la sentencia 176-14-EP/19, la Corte manifestó que, de manera excepcional y de oficio, se podría revisar lo decidido en un proceso originario de una garantía jurisdiccional cuando se cumplan con los cuatro presupuestos allí mencionados.

2 CCE, *Sentencia No. 2064-14-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 30-31.

3 *Ibíd.*, párr. 32.

4 *Ibíd.*, párr. 34.

5 *Ibíd.*, párr. 41, 43.

6 *Ibíd.*, párr. 52.

CCE corroboró la vulneración al debido proceso en la garantía de motivación. Adicionalmente, debido a la falta de diligencia en garantizar con eficacia los derechos constitucionales, la Corte declaró que la sentencia impugnada incurrió en una vulneración al segundo momento de la tutela judicial efectiva<sup>7</sup>.

En consecuencia, la Corte efectuó un control de méritos con la finalidad de verificar la transgresión de derechos constitucionales en el desarrollo del proceso originario. El resultado de este examen de fondo reflejó que las consideraciones de posibles vulneraciones a los derechos por el uso de datos íntimos y personales alegados por la parte accionante no fueron descartadas en observancia de la garantía de motivación, pues se desechó la demanda sin una explicación pertinente de las normas aplicadas al caso concreto<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta que el caso no fue seleccionado para revisión, la Corte destacó la relevancia del mismo precisando que en la actualidad la internet y los medios digitales forman parte de un nuevo panorama donde la jurisprudencia ecuatoriana en materia de derechos a la intimidad, a la imagen y al tratamiento de la información personal todavía está por desarrollarse. Por estos motivos, la CCE declaró que el asunto materia de la acción constitucional se ajustaba a

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 57-59.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 65.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 67.

los requisitos necesarios para examinar los méritos del caso<sup>9</sup>.

Este artículo analizará la sentencia 2064-14-EP/21, decisión que resolvió sobre la vulneración de los derechos constitucionales a la protección de datos de carácter personal y la autodeterminación informativa, a la honra y buen nombre, a la imagen e intimidad, en una acción de hábeas data. Para ello, en la primera sección se hará un repaso sobre lo que implica el tratamiento de datos de carácter personal; para después profundizar en el sentido y alcance del consentimiento del titular de los datos personales. Posteriormente, se explicará la noción de la expectativa razonable de privacidad. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del análisis propuesto.

## 2. El tratamiento de datos personales

La sentencia 2064-14-EP/21 aborda con notable profundidad una serie de conceptos -algunos de ellos bastante novedosos para nuestro medio-, relacionados con el derecho a la protección de datos personales. En este sentido, el fallo en cuestión dedica una buena parte de su análisis a examinar y precisar el alcance de las nociones de dato personal y su tratamiento. Al respecto, en primer lugar, se aparta

del criterio previamente sentado en la sentencia 001-14-PJO-CC<sup>10</sup>, según el cual el dato solamente era relevante para la protección mediante el hábeas data en la medida en que cumpliera una función informativa. En tal virtud, en el referido fallo 2064-14-EP/21 la actual conformación de la CCE consideró que el requerimiento de que el dato cumpla una función informativa no se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) ni en la ley, por lo que no resulta jurídicamente exigible.

Concordantemente, la CCE, en el fallo materia de este artículo, ratificó el concepto de datos personales desarrollado en la sentencia 1868-13-EP<sup>11</sup>, específicamente con relación a su exigibilidad jurisdiccional, en la cual se determinó que con base en la CRE y conforme al principio *pro homine*:

[D]eben ser entendidos en su forma más amplia, en el sentido de toda información que haga referencia de forma directa o indirecta a cualquier aspecto relativo a una persona o sus bienes, en sus distintas esferas o dimensiones; susceptible de ser exigida a través de la garantía de hábeas data. Así se advierte que basta que la información – más allá de la forma en que esté contenida–

incluya o comunique un aspecto de la persona –objetivo o subjetivo–; o guarde relación con ella, en función de su contenido, finalidad o resultado, para ser considerada como ‘dato personal’<sup>12</sup>.

Como se recoge en dicha resolución, esta definición de dato personal se fundamenta también en lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)<sup>13</sup> en su art. 11.1. En este sentido, es pertinente aludir a los razonamientos expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) sobre esta materia, que en concreto ha indicado que, “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”<sup>14</sup>.

En la sentencia *sub examine*, se recoge la definición contemplada en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, relativo al tratamiento y protección de datos personales<sup>15</sup>. Dicha normativa destaca el carácter informativo del dato personal en torno a la identificación o identificabilidad de una persona, sea que pueda hacerse de forma directa o indirecta

10 CCE, *Sentencia 001-14-PJO-CC*, 23 de abril de 2014.

11 CCE, *Sentencia 1868-13-EP/20*, 8 de julio de 2020.

12 *Ibid.*, párr. 24.

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

14 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 161; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194; *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48.

15 Unión Europea. *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1, 4 de mayo de 2016, art. 4.1.

y sin distinción del medio por el que se lo haga. Similar es la definición ofrecida por el Comité Jurídico Interamericano en sus estándares de protección de datos personales, que igualmente se centra en el atributo de identidad de la información, añadiendo sin embargo la noción de razonabilidad; es así que considera dato personal toda aquella información inherente a una persona que identifica o “puede usarse de manera razonable para identificar a una persona en particular de forma directa o indirecta”<sup>16</sup>.

En este sentido, cabe resaltar que la sentencia 2064-14-EP/21 determina que el marco de protección de un dato personal es independiente del formato en que se contenga, lo que incluye a los medios digitales<sup>17</sup>. La amplitud con que se ha decidido emprender en la regulación del concepto de dato personal tiene mucho que ver con la cada vez más creciente posibilidad y riesgo de su tratamiento y vulneración a través de redes sociales y demás herramientas digitales. Al respecto, la autora especializada Nadezhda Purtova argumenta, con base en la normativa comunitaria europea, que en el mundo de la inteligencia basada

en datos que está firmemente en camino, prácticamente todo entrará en la definición de dato personal y, por tanto, considerado como tal<sup>18</sup>.

Sentado el concepto de dato personal, seguidamente la sentencia de marras se centra en discernir la noción de tratamiento. En ese sentido, la CCE reconoció que en otras jurisdicciones se ha desarrollado con más detenimiento este concepto, indicando que de todas maneras en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sí se contempla una definición a nivel administrativo<sup>19</sup>. Se trata igualmente de un marco amplio que contiene una serie de verbos rectores no taxativa. Asimismo, la Corte volvió a referirse a lo recogido en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, el que siguiendo la misma tónica prevé una demarcación amplia de lo que se entiende por tratamiento.

Con base en estas constataciones, la sentencia 2064-14-EP/21 aprecia que en efecto el concepto de tratamiento de datos personales “comprende un amplio espectro de actuaciones, mismo que, lejos de ceñirse a actos taxativos, responde a una necesidad de dar pautas para identificar

---

16 Comité Jurídico Interamericano. *La privacidad y la protección de datos personales* (presentado por la doctora Ana Elizabeth Villalta Vizcarra), 2017: CJI/doc.541/17 corr.1. Recuperado de: [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes\\_culminados\\_recientemente\\_Proteccion\\_Datos\\_Personales\\_CJI-doc\\_541-17\\_corr1.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Proteccion_Datos_Personales_CJI-doc_541-17_corr1.pdf), p. 3.

17 CCE. *Sentencia 2064-14-EP/21*, 27 de enero de 2021: párr. 77.

18 Nadezhda Purtova. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, 10:1, p. 78.

19 Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. *Guía para el Tratamiento de Datos Personales en la Administración Pública Central*. Acuerdo Ministerial 12, Registro Oficial 18, 15 de agosto de 2019.

escenarios<sup>20</sup> que correspondan a dicho significativo. Considerando la amplitud con que resulta actualmente necesario concebir, tanto a la noción de datos personales como la de tratamiento, es muy importante el criterio sentado por la CCE respecto a que, “le corresponde al juez, a la hora de resolver, determinar caso por caso, cuándo se está frente al tratamiento de datos personales, a la luz del ordenamiento jurídico vigente y de las pautas generales<sup>21</sup> fijadas en la sentencia en cuestión.

El tratamiento de datos personales se encuentra enmarcado en un sistema de protección orientado a garantizar los derechos fundamentales de sus titulares. En este sentido, es pertinente citar lo señalado por Contreras Vásquez y Trigo Kramcsák, concretamente lo siguiente:

El tratamiento de datos personales debe reconocer su fundamento en la protección y tutela de la autodeterminación informativa o, como también se le conoce, en el derecho fundamental a la protección de datos personales. A diferencia de lo que pudiere pensarse, el derecho de autodeterminación informativa no es un impedimento al tratamiento de datos personales, sino que, jurídicamente, da el sustento a dichos tratamientos. Este derecho supone el autocontrol y la autonomía de decisión del individuo, titular del derecho, respecto de su información personal e impone un mandato

al legislador y a todos los órganos del Estado de protección de los datos personales<sup>22</sup>.

En línea con este razonamiento, en la sentencia 2064-14-EP/21, la CCE identificó el fundamento jurídico primordial del tratamiento de datos personales en el art. 66.19 CRE, que reconoce y garantiza el derecho a la protección de ese tipo de datos. En criterio de la Corte, “el Constituyente le ha otorgado al acto de la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de datos personales, el carácter de tratamiento de datos<sup>23</sup>. Agregó la CCE en esa misma línea que todas esas actuaciones requieren de la autorización legal de la persona titular, quien la puede revocar en cualquier momento porque no pierde nunca la titularidad del derecho<sup>24</sup>.

De todas maneras, la Corte consideró que, en atención al principio *pro homine*, resulta aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano la definición contemplada en el antes mencionado Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, según la cual se debe entender como tratamiento de datos “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales<sup>25</sup>. Por tanto,

20 CCE, Sentencia 2064-14-EP/21, 27 de enero de 2021, párr. 82.

21 *Ibidem*.

22 Pablo Contreras Vásquez y Pablo Trigo Kramcsák. Interés legítimo y tratamiento de datos personales: Antecedentes comparados y regulación en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8:1 (2019), p. 71.

23 CCE, Sentencia 2064-14-EP/21, 27 de enero de 2021, párr. 83.

24 *Ibidem*.

25 Unión Europea, *óp. cit.*, art. 4.2.

de manera general el tratamiento abarca prácticamente un número ilimitado de operaciones que, como se indicó anteriormente, corresponde especificar en cada caso concreto a la autoridad judicial correspondiente.

Con tal propósito, la CCE establece una serie de pautas para guiar la labor jurisdiccional a efectos de garantizar adecuadamente el derecho a la protección de datos personales. En tal virtud, uno de los aspectos sustanciales dilucidados por la Corte es el del mero acceso como modalidad de tratamiento, puntualizando que todavía existe discrepancia en la doctrina sobre esta cuestión. Asumiendo esta dificultad para obtener una solución apriorística, en la sentencia 2064-14-EP/21, la CCE nuevamente determinó que el alcance del concepto ‘operación sobre el dato’ “debe ser aproximado por la autoridad judicial que examine el acceso en el caso concreto, a la luz de las potenciales implicaciones en el caso específico, en lugar de bajo un estricto significado de la palabra ‘operación’ o ‘sobre’”<sup>26</sup>. Igualmente, la Corte aludió a la cuestión del consentimiento, lo que será abordado con más detenimiento en la siguiente sección de este artículo.

Retomando lo atinente al acceso, la CCE desarrolló una serie de criterios para delimitar el tratamiento de datos en la esfera exclusivamente personal o doméstica y sus efectos. En este sentido, la Corte reflexionó nuevamente sobre la cuestión del acceso, para señalar que la determinación casuística de una posible vulneración debe atender a criterios tanto subjetivos como objetivos. Para ello, en la sentencia 2064-14-EP/21, se hizo referencia a lo explicado por el autor Arye Schreiber<sup>27</sup>, quien en su estudio aludió a lo sostenido por el autor Ryan Calo, en estos términos:

Los dos componentes del daño a la privacidad están relacionados de una manera análoga. El daño objetivo a la privacidad es la consecuencia adversa real –el robo de identidad en sí misma o la formación de una opinión negativa– que surge de la pérdida de control sobre la información o su acceso sensorial. El daño subjetivo a la privacidad es, en general, la percepción de pérdida de control que deviene en temor o incomodidad. Las dos categorías son distintas, pero se relacionan entre sí. Son dos caras de la misma moneda: la pérdida de control sobre la información personal<sup>28</sup>.

Teniendo en cuenta estos criterios doctrinales, la Corte fijó el parámetro general de que en principio el acceso que pueda producir un daño subjetivo u objetivo podría ameritar una sanción legal, mientras que si no es susceptible de producir un daño

<sup>26</sup> CCE. *Sentencia 2064-14-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 86.

<sup>27</sup> Arye Schreiber. *Mere access to personal data: Is it processing?* *International Data Privacy Law*, 10: 3 (2020), pp. 269-277.

<sup>28</sup> Ryan Calo. *The Boundaries of Privacy Harm*. *Indiana Law Journal*, 86: 3 (2011), p. 1143. Traducción de Byron Villagómez Moncayo.

en cualquiera de esas dimensiones no tendría tal consecuencia<sup>29</sup>. Agregó la CCE que al momento de efectuar una determinación jurisdiccional caso por caso, la autoridad judicial deberá también considerar todos los posibles factores relevantes, como pueden ser el tipo de información de que se trate, el contexto en el que se da el acceso, la duración, o el potencial abuso que se pueda producir a raíz del acceso<sup>30</sup>.

Hechas estas precisiones, la CCE se centró específicamente en la cuestión de la esfera exclusivamente personal o doméstica, para lo cual volvió a aludir al Reglamento 2016/679 de la Unión Europea (art. 2) y también a la jurisprudencia internacional. En este sentido, la Corte especifica que “no basta con que la actividad tenga un carácter personal o doméstico, para gozar de la exención, necesariamente debe tratarse de una actividad exclusivamente personal o doméstica realizada por una persona natural”<sup>31</sup>. Al respecto, la sentencia 2064-14-EP/21 sienta un criterio sumamente importante y determinante sobre la materia, que tiene que ver con el tratamiento de datos personales a través de medios digitales e internet en general; afirma la Corte lo siguiente:

[E]n principio podría pensarse que el uso

29 CCE. Sentencia 2064-14-EP/21, 27 de enero de 2021, párr. 92.

30 *Ibidem*.

31 *Ibid.*, párr. 94.

32 *Ibid.*, párr. 97 y 99.

33 *Ibid.*, párr. 99.

del internet no forma parte de esta esfera doméstica; sin embargo, es fundamental que el juez no parta de este supuesto inmediatamente, en razón de que el internet, hoy en día, es una parte esencial de la vida de las personas, siendo un espacio en donde interactúan de distintas maneras (...) Por consiguiente, existen escenarios en donde pese a que se realice un tratamiento de datos sin consentimiento, no se verifica una vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal, por cuanto la persona ha actuado en un marco estrictamente personal o doméstico<sup>32</sup>.

Con base en todos los razonamientos antes reseñados, la CCE reiteró que no se pueden brindar soluciones apriorísticas abstractas sobre estas cuestiones, y que en definitiva se debe analizar casuísticamente, “ponderando los distintos factores que componen el caso y las implicaciones del uso, sin que exista una fórmula automática que conlleve a un único resultado”<sup>33</sup>. En tal virtud, la sentencia 2064-14-EP/21 destaca que si bien pueden existir escenarios en los que se realice un tratamiento de datos sin consentimiento, ello no implica necesariamente una lesión al derecho a la protección de datos personales, por haberse verificado en un marco estrictamente personal o doméstico. A fin de tener una comprensión integral de lo resuelto por la Corte en la referida sentencia, a continuación, se analizará más detalladamente lo concerniente

al consentimiento de la persona titular.

### 3. Sentido y alcance del consentimiento para el tratamiento de datos personales

Por regla general el tratamiento de datos personales a nivel público requiere del consentimiento previo expreso o inequívoco del titular para que sea eficaz, admitiendo excepciones como es el caso de la libertad de expresión y el interés público. Sobre estos supuestos de excepción, en el primer caso resultaría a todas luces evidente que una rígida protección de datos sin exclusión menoscabaría aspectos como el periodismo de investigación, tornándolo prácticamente imposible en vista de que los medios de comunicación únicamente podrían tratar y publicar informaciones de orden personal sólo si dispusieran del consentimiento expreso de los interesados<sup>34</sup>.

En este mismo sentido, también puede presentarse el escenario en donde los medios de comunicación pudieran vulnerar la intimidad de los particulares, debiendo para ello los administradores de justicia considerar, en primer lugar, si la información es de interés público y requiere una especial

protección a través de la libertad de expresión; para ello, se encontraría un equilibrio a través de técnicas como el test de proporcionalidad, con sus tres elementos conformadores: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad<sup>35</sup>. Ante la imposibilidad de contar con soluciones apriorísticas concluyentes, dicho test podría ser empleado como una herramienta argumentativa de gran utilidad, ya que permitiría constatar si en un caso concreto la negativa al tratamiento de determinada información resulta o no constitucionalmente válida.

A más de ello, es necesario indicar que existen determinados datos personales que requieren mayores cuidados para su tratamiento, tales como datos de niños, niñas y adolescentes, información médica, y datos de personas con discapacidad, por citar algunos. Para estas situaciones, además de ser protegidas con estándares más altos de previsión y seguridad, previstos en general para el Ecuador en la CRE e instrumentos internacionales de derechos humanos -y con la urgencia de contar con una ley específica sobre la materia-; se plantea la necesidad de contar siempre con el consentimiento de la persona titular de la información, con

<sup>34</sup> Sin perjuicio de lo manifestado, no se podría tampoco desconocer que determinadas prácticas periodísticas que acuden a métodos irregulares, como por el ejemplo el simple uso de cámaras ocultas, bajo determinados supuestos, no estarían en principio dentro de los presupuestos de exclusión de la obtención del consentimiento; precisamente por cuanto el objetivo noticioso se podría conseguir utilizando técnicas diferentes y menos lesivas para los derechos de la personalidad en general. Ver: Vicente Navarro Marchante, El recurso a cámaras ocultas en los reportajes periodísticos: El caso *Haldimann* ante el TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105 (2015), pp. 315-345.

<sup>35</sup> El desarrollo y empleo del test tripartito de proporcionalidad en materia de libertad de expresión se puede apreciar en las sentencias de la CCE, 282-13-JP/19 y 1651-12-EP/20, entre otras.

las excepciones indicadas, sin perjuicio de que en ciertos casos ni siquiera el consentimiento debidamente prestado sea suficiente<sup>36</sup>.

En todo caso, no se puede dejar de mencionar lo prescrito en la parte final del art. 66.19 de la CRE, al agregar además de la autorización del titular, otro supuesto bajo el cual no es verificable el consentimiento sino el “mandato de la ley” para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de datos; situación ésta que acentúa la urgencia de contar con un cuerpo normativo que regule tal previsión constitucional, y que a la fecha de este artículo se encuentra en trámite en la Asamblea Nacional bajo el nombre de *Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*<sup>37</sup>.

Vinculado a lo previamente manifestado, cabe agregar además que, aunque se contara con el consentimiento del titular de la información en el marco de la libertad de contratación, esta no conlleva la renuncia implícita al derecho a la protección de los datos de carácter personal; así como aquellos derechos relacionados, como es el libre desarrollo

de la personalidad, el buen nombre, la honra y, con más relevancia actualidad, el derecho al olvido o derecho de supresión.

Al momento de definir la noción de consentimiento, la CCE en la sentencia de marras recoge lo expuesto por la Guía para el tratamiento de datos personales del Ministerio de Telecomunicaciones, concepto que a su vez está redactado en términos muy similares a los del varias veces mentado Reglamento 2016/679 de la Unión Europea. Dicha Guía señala lo siguiente:

Consentimiento: toda manifestación expresa de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, emanada por el titular de la información o datos personales que permiten la recolección y tratamiento de los mismos<sup>38</sup>.

En todo caso, el contenido o características necesarias del consentimiento del titular de los datos en su tratamiento es la misma: voluntad libre, inequívoca, específica e informada; y que su revocación, a criterio del titular, es libre y puede ocurrir en cualquier momento. Resulta claro que el consentimiento expreso de una persona, autorizando una intromisión

36 En el art. 20 del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en trámite en la Asamblea Nacional se prevé, entre otras excepciones: resolución o mandato motivado de autoridad pública competente (además de las órdenes judiciales); datos necesarios para el cumplimiento de una obligación legal o contractual; casos en los que medie el interés público; tratamiento de datos personales que sean necesarios para el archivo de información que constituya patrimonio del Estado; investigación científica, histórica o estadística.

37 A más de lo indicado, el art. 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (Registro Oficial Suplemento 162, 31 de marzo de 2010) establece que: “El acceso a estos datos solo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial”.

38 Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, *óp. cit.*, p. 5. Como dato adicional, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, en actual tratamiento, conceptualiza al consentimiento en los siguientes términos: “Manifestación de la voluntad libre, específica, informada e inequívoca, por el que el titular de los datos personales autoriza al responsable del tratamiento de los datos personales a tratar los mismos”.

en su intimidad, actuaría a primera vista como causa de exclusión de una conducta ilícita del autor, por cuanto el consentimiento así manifestado lo liberaría de tal responsabilidad; sin embargo, tal situación está sujeta a condicionamientos presentes a través de los límites o alcances fijados por la CCE y que se vienen reseñando en este artículo. De lo que no cabe duda es que el consentimiento no puede ser general, y habría que contarse con el mismo en cada tratamiento de datos.

El primer contenido de la voluntad libre deja por fuera que el consentimiento esté viciado por empleo de la fuerza, coerción o cualquier tipo de presión que se ejerza sobre el titular con la finalidad de alcanzar el consentimiento<sup>39</sup>. El tratamiento y alcance, como no puede ser de otra manera, supera una mera referencia de carácter infraconstitucional civilista, que en lo que atañe a los vicios del consentimiento, el art. 1467 del Código Civil taxativamente circunscribe al error, fuerza y dolo.

En cuanto al contenido de inequívocidad, esta hace relación a que no debe haber ambigüedad al momento de manifestar la voluntad; si la claridad no está presente y, por el contrario, el consentimiento da lugar a dudas respecto a su

otorgamiento, no se cumpliría con este contenido<sup>40</sup>. La cualidad de ser el consentimiento inequívoco no da pie a la existencia de interpretaciones en varios sentidos, sino *a contrario sensu* expresa sin dubitaciones la orientación que libremente el otorgante de la autorización le quiere dar al tratamiento a sus datos personales.

Sobre la especificidad, la CCE explica en la sentencia *sub examine* que implica que haya:

[...] claridad en cuanto al tipo de tratamiento que autoriza el titular y el dato personal sobre el cual lo autoriza, así como a los sujetos que pueden realizar el tratamiento sobre los datos personales. Es decir, que la manifestación de voluntad exprese concretamente el o los tipos de tratamiento que se autorizan y específicamente con respecto a qué dato personal del titular se está autorizando dicho uso, así como el sujeto o los sujetos autorizados a realizar dicho tratamiento a los datos personales del titular [...]<sup>41</sup>.

Esta determinación sobre la especificidad obligaría a detallar los datos y quiénes están autorizados para tratarlos, por lo que en su ausencia se podría pensar que pese a tener un otorgamiento general y amplio y no en detalle, se incumpliría con esta circunstancia necesaria.

Finalmente, según lo resuelto por la Corte se requiere también que la voluntad sea informada, lo que significa

39 CCE, *Sentencia 2064-14-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 104.

40 *Ibid.*, párr. 104.

41 *Ibid.*, párr. 104.

“conocer a detalle el uso que se va a dar al dato personal, además de conocer la finalidad que persigue el tercero mediante ese uso”<sup>42</sup>. La CCE considera que al consentimiento informado debe prestársele el mayor detenimiento al momento de analizarlo, asumiendo el rol de presupuesto necesario de los contenidos antes mencionados. De allí se desprende a todas luces que, en un inicio, sólo mediante el consentimiento informado del titular sus datos personales pueden ser recolectados, procesados y distribuidos; protegiéndose a su vez como correlato la plena libertad de decisión si se cuenta con tal información para otorgar dicha autorización.

En cuanto a los límites o alcances del tratamiento de los datos personales, estos vienen definidos por los derechos fundamentales en sus características de irrenunciabilidad e inalienabilidad, aplicables en este caso concreto a la intimidad personal y familiar, honor, buen nombre, y voz e imagen. Estas determinaciones conducen a que -en el marco de la protección constitucional, en especial- un juez que conozca de garantías jurisdiccionales a través del hábeas data, deba recurrir necesariamente a su tutela y reparación integral, independientemente de que la persona que trató el dato personal cuente con el consentimiento del titular de la información. Sobre este

punto, la CCE en la sentencia 2064-14-EP/21, precisa lo siguiente:

Así, en aras de garantizar los derechos constitucionales de las personas, el rol del juez dentro de estos escenarios presupone que, aun cuando verifique que ha mediado una autorización por parte del titular atinente al tratamiento de sus datos, efectúe el análisis correspondiente en cuanto al alcance del consentimiento supuestamente otorgado; de que el mismo esté completo en los términos establecidos en la Sección 5.1.4 de la presente sentencia; y, del carácter mutable del libre desarrollo de la personalidad y sus implicaciones en el caso concreto. Si el juez no cumple con dicho rol, en el fondo, se estaría avalando que no proceda el hábeas data, a pesar de que exista una vulneración de los derechos constitucionales del titular de los datos personales, por el simple hecho de que existe autorización de este último respecto al tratamiento<sup>43</sup>.

De lo expuesto en este apartado se deduce que, aun cuando el titular de la información haya dado su autorización cumpliendo con todos y cada uno de los parámetros o condicionamientos para que se configure el consentimiento previo, libre, específico, informado e inequívoco, no es suficiente para que se perfeccione el tratamiento de datos por parte de un tercero si éste conlleva la vulneración de derechos constitucionales. Así también en los casos de exclusión del consentimiento, o cuando éste no es necesario, ello no constituye óbice para que se presuma un tratamiento de datos indiscriminado y libre por parte de un tercero; siendo

---

42 *Ibíd.*, párr. 105.

43 *Ibíd.*, párr. 143.

necesario en determinados casos, como se ha indicado líneas arriba -por ejemplo, para garantizar la libertad de expresión-, utilizar técnicas como el test de proporcionalidad, a fin de que no exista vulneración a derechos constitucionales.

#### 4. Reflexiones sobre la expectativa razonable de la privacidad

“Quizá lo más sorprendente del derecho a la privacidad es que nadie tiene una idea clara de lo que es”<sup>44</sup>. De esta manera, la filósofa estadounidense Judith Jarvis Thomson se pronunció respecto a la complejidad de lo que abarca la privacidad reconocida como derecho. Definir a la privacidad también ha sido motivo de controversia y debate en otros campos de estudio, pues su sentido y alcance no son absolutos. Sin embargo, un punto de partida común y referencial para entender a la privacidad como dimensión fundamental del constitucionalismo liberal, ha sido la delimitación de una esfera que involucra el ámbito doméstico de un individuo, el espacio donde este es libre de seguir ideas, proyectos y relaciones sin injerencia de los poderes públicos. Se debe resaltar que la necesidad del reconocimiento de la vida privada se desarrolló debido a la lucha por la libertad individual,

teniendo como tradicional amenaza a los abusos de los gobernantes y el poder público<sup>45</sup>.

Ahora bien, la noción de expectativa razonable de privacidad surgió en la década de los años sesenta del siglo XX como construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Es así que en el caso *Estados Unidos vs. Katz* se concluyó que las personas mantienen aspectos de su vida que no son compartidos en el ámbito o espacio público y que, dentro de una sociedad libre y democrática, tienen espacios donde los socializan con una expectativa de privacidad reconocida como razonable frente a posibles injerencias de terceros, incluyendo al Estado<sup>46</sup>. Aun cuando el problema fundamental de este caso no era la preservación del derecho a la privacidad, la citada decisión de la Corte Suprema de extender el contenido de la Cuarta Enmienda constitucional a la incautación de cosas tangibles e intangibles fue, sin duda alguna, un hito para el reconocimiento y la protección del derecho a la privacidad.

En la actualidad, el marco de protección a la vida privada está consagrado en el derecho internacional, y tiene sus bases en la

44 Judith Jarvis Thomson. *The Right to Privacy*. *Philosophy & Public Affairs*, 4: (1975), pp. 295-314. Traducción de Valeria Garrido Salas.

45 Manuel Toscano. Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad. *ISEGORÍA Revista de Filosofía Moral y Política*, 57: (2017), pp. 533-552.

46 Oscar Julián Guerrero Peralta. La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. *Derecho Penal y Criminología*, 92: (2011), pp. 55-84.

protección de la honra y dignidad de los individuos. En este sentido, el art. 11 de la CADH dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad... Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques<sup>47</sup>.

En esta misma línea y como se indicó anteriormente, la CRE reconoce y garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar<sup>48</sup>. Inclusive, la jurisprudencia de la CCE ha determinado como obligación del Estado el abstenerse de injerir en el derecho a la vida privada y familiar<sup>49</sup>.

En contraste, existen pronunciamientos en jurisprudencia comparada que limitan el derecho a la vida privada. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Italia, en un fallo de 1963, señaló que “la esfera de privacidad debe ser respetada dentro de los límites que consienta la tutela de los intereses de la colectividad en el campo de la seguridad, de la economía y de las finanzas públicas”<sup>50</sup>. Igualmente, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación de Argentina, en el caso *Ponzetti de Balbín* de 1984, estableció lo siguiente:

[...] nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen [...]<sup>51</sup>.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH hace referencia a los límites de la privacidad, señalando específicamente lo siguiente:

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática<sup>52</sup>.

Dicho lo anterior, es claro que el derecho a la vida privada y la expectativa razonable de privacidad tienen como barrera de regulación una afectación, tanto a derechos de terceros como a la moral pública que permite una normal convivencia colectiva dentro de una sociedad democrática.

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

48 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.20.

49 CCE, *Sentencia 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

50 Corte Costituzionale della Repubblica italiana. *Sentenza No.121/1963*, 13 julio de 1963. Citada por Mauricio Maldonado Muñoz. La intangibilidad de las acciones privadas de las personas. *Ius Humani*, 4: (2014-2015), p.25.

51 Corte Suprema de la Nación Argentina. *Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.* 11 diciembre de 1984.

52 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.

De esta forma, se destaca que, si bien la privacidad es una esfera protegida de las personas, esto no impide una posible intromisión en la misma. La ley puede reconocer una injerencia estatal a la vida privada cuando persiga un fin legítimo, dependiendo del contexto y los factores específicos del caso<sup>53</sup>. No obstante, es importante señalar que de existir una violación a la privacidad que afecte a las nociones de dignidad humana, honorabilidad, autodeterminación informativa o el libre desarrollo de la personalidad de un individuo, primará el interés general superior de salvaguardar los derechos de libertad del individuo, pues son inherentes al ser humano<sup>54</sup>.

## 5. Conclusiones

La reciente sentencia 2064-14-EP/21 constituye un parteaguas en la jurisprudencia constitucional del Ecuador, ya que ha dejado sentada una serie de criterios de particular relevancia y actualidad en torno a la protección de datos personales en general, y en el ámbito de las herramientas digitales y redes sociales en particular. El análisis de la sentencia efectuado en el presente artículo ha permitido identificar y destacar los principales aspectos discernidos y resueltos por la Corte, específicamente en lo concerniente a la noción de tratamiento de datos

personales, incluyendo cuestiones tales como el acceso, los contornos de la esfera doméstica e íntima, el consentimiento de la persona titular, así como la expectativa razonable de privacidad.

Del contenido de la sentencia lo más destacable son los diversos parámetros fijados por la CCE para la adecuada resolución de casos concretos de acciones constitucionales por parte de las autoridades judiciales. Tratándose de cuestiones a las que por su propia naturaleza no se les puede brindar soluciones apriorísticas y abstractas, la Corte advierte en reiteradas ocasiones que corresponde discernir los alcances y límites al acceso y tratamiento de datos personales de manera casuística. Sin embargo, estas determinaciones prácticas deben atender a estándares y criterios jurídicos debidamente fundamentados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Precisamente, esa es la principal contribución del fallo de marras: ser una guía integral, vinculante y exigible sobre la materia. En un entorno de enormes desafíos y riesgos para el uso y transmisión de datos personales como es la internet, la sentencia 2064-14-EP/21 es una referencia jurisprudencial obligada para académicos y profesionales del derecho

<sup>53</sup> *Supra* 12.

<sup>54</sup> Mauricio Maldonado Muñoz, *óp. cit.*

## 6. Bibliografía

### Doctrina

Calo, Ryan. «The Boundaries of Privacy Harm». *Indiana Law Journal* 86, n.º 3 (2011): 1131-1162.

Contreras Vásquez, Pablo y Pablo Trigo Kramcsák. «Interés legítimo y tratamiento de datos personales: Antecedentes comparados y regulación en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 8 n.º 1 (2019): 69-106. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v8n1/0719-2584-rchdt-8-1-00069.pdf>.

Guerrero Peralta, Oscar Julián. «La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal». *Derecho Penal y Criminología* 32, n.º 92 (2011): 42-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3804274>.

Jarvis Thomson, Judith. «The Right to Privacy». *Philosophy & Public Affairs* 4, n.º 4 (1975): 295-314. <https://www.jstor.org/stable/2265075>.

Maldonado Muñoz, Mauricio. «La intangibilidad de las acciones privadas de las personas». *Ius Humani: Revista de Derecho* 4 (2014): 9-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5000002>.

Navarro Marchante, Vicente J. «El recurso a cámaras ocultas en los reportajes periodísticos: El caso Haldiman ante el TEDH». *Revista Española de Derecho Constitucional* 105 (2015): 315-345. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.105.10>.

Purtova, Nadezhda. «The law of everything. Broad concept of personal data and future

of EU data protection law». *Law, Innovation and Technology* 10, n.º 1 (2018): 40-81.

Schreiber, Arye. «Mere access to personal data: Is it processing?». *International Data Privacy Law* 10, n.º 3 (2020): 269-277. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipaa005>.

Toscano, Manuel. «Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad». *Isegoría* 57 (2017): 533-552. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2017.057.06>.

Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. *La privacidad y la protección de datos personales*. CJI/doc.541/17.corr.1 (Comité Jurídico Interamericano, 2017). Acceso el 20 de mayo de 2021. [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes\\_culminados\\_recientemente\\_Proteccion\\_Datos\\_Personales\\_CJIdoc\\_541-17\\_corr1.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Proteccion_Datos_Personales_CJIdoc_541-17_corr1.pdf).

### Normativa

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984).

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (Registro Oficial Suplemento 162 de 31 de marzo de 2010).

Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. *Guía para el Tratamiento de Datos Personales en la Administración Pública Central*. Acuerdo Ministerial 12 (Registro Oficial 18 de 15 de agosto de 2019).

Unión Europea. *Reglamento (UE) 2016/679 del*

*Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)* (Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1 de 4 de mayo de 2016).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 001-14-PJO-CC*, 23 de abril de 2014.

— *Sentencia 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

— *Sentencia 282-13-JP/19*, 4 de septiembre de 2019.

— *Sentencia 176-14-EP/19*, 16 de octubre de 2019.

— *Sentencia 1868-13-EP/20*, 8 de julio de 2020.

— *Sentencia 1651-12-EP/20*, 2 de septiembre de 2020.

— *Sentencia No. 2064-14-EP/21*, 27 de enero de 2021.

Corte Costituzionale della Repubblica italiana. *Sentenza No.121/1963*, 13 julio de 1963.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

— *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

— *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

— *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Serie C No. 239.

Corte Suprema de la Nación Argentina. *Ponzetti de Balnín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.*, 11 diciembre de 1984.

# La reciente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el precedente judicial

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

## Resumen

En este artículo se analiza la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional respecto al concepto de precedente judicial, para lo cual se consideran las sentencias 1791-15-EP/21, 1035-12-EP/20 y 109-11-IS. En este sentido, se abordan cuestiones tales como el precedente judicial en sentido estricto, la noción de ratio decidendi y su núcleo, y la hétero-vinculatoriedad y auto-vinculatoriedad vertical y horizontal del precedente. Este estudio permite concluir que la actual conformación de la Corte ha venido desarrollado un criterio jurisprudencial homogéneo y clarificador con relación a los antedichos conceptos.

## Palabras clave

Precedente judicial, vinculatoriedad horizontal y vertical del precedente, hetero-vinculatoriedad y auto-vinculatoriedad del precedente, ratio decidendi

## 1. Introducción

El 27 de enero de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) pronunció la sentencia de acción extraordinaria de protección (en adelante, EP) 1791-15-EP/21, fallo que reforzó la línea jurisprudencial de la CCE respecto al valor y uso de precedentes judiciales. Por medio de dicha resolución, la Corte analizó una presunta vulneración a los derechos constitucionales a la igualdad y seguridad jurídica tras un auto de inadmisión emitido por parte de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ).

Dentro de las alegaciones de la demanda presentada, se mencionó la existencia de un precedente judicial, esto es un caso análogo fundamentado en la misma causal, que invocó las mismas infracciones de disposiciones jurídicas y que sí fue admitido por la misma Sala de la CNJ<sup>1</sup>. Tras explicar la clasificación de precedentes en verticales u horizontales<sup>2</sup> y el alcance de obligatoriedad de los mismos<sup>3</sup>, la CCE descartó las vulneraciones alegadas. Adicionalmente, enfatizó en que la resolución de cada caso depende de sus particularidades fácticas<sup>4</sup>, por lo que desestimó la EP.

La jurisprudencia utilizada en el fallo previamente mencionado corresponde a la sentencia 1035-12-EP/20, referente a la vinculatoriedad del precedente judicial. En este caso, la demanda de EP surgió en contra de una decisión emitida por la Corte Provincial de Pichincha en la que se ratificó una resolución administrativa del Tribunal de Disciplina de la Escuela Superior de Policía que, como sanción disciplinaria, había dado de baja de las filas policiales al accionante debido a una fuga de la institución sin contar con permiso o estar en franco<sup>5</sup>. En la sentencia en referencia se profundiza en el concepto de precedente horizontal y su clasificación como hetero-vinculante o auto-vinculante<sup>6</sup>, dentro del análisis de una posible vulneración al derecho a la igualdad por la alegada no aplicación del mismo razonamiento que el tribunal *ad quem* había sostenido en casos análogos.

Asimismo, en agosto de 2020 la CCE emitió la sentencia 109-11-IS/20, a través de la cual expone el significado de precedente judicial en sentido estricto y explica cómo identificarlo y aplicarlo. En este caso, se presentó una demanda de acción de incumplimiento de la resolución

1 CCE, *Sentencia 1791-15-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 9-11.

2 *Ibid.*, párr. 19.

3 *Ibid.*, párr. 23.

4 *Ibid.*, párr. 28.

5 CCE, *Sentencia 1035-12-EP/20*, 22 de enero de 2020, párr. 3.

6 *Ibid.*, párr. 18-19.

No. 0133-09-RA, en la que se alegaba el no pago de los valores dejados de percibir por un profesor que había sido separado de su cargo<sup>7</sup>. Mediante el fallo, la Corte determinó que el precedente judicial en sentido estricto, que es una fuente del Derecho de origen judicial, está estrechamente conectado con la motivación de las decisiones emitidas por las autoridades judiciales; y explicó los elementos que componen a la misma<sup>8</sup>. En esta decisión, la Corte también aclaró las formas en las que los precedentes judiciales pueden ser afectados, resaltando que éstos no son inmutables<sup>9</sup>.

El presente artículo se enfocará en el análisis de la jurisprudencia desarrollada en las sentencias 1791-15-EP/21, 1035-12-EP/21 y 109-11-IS, decisiones que profundizan en la línea jurisprudencial de la CCE respecto a los precedentes jurisprudenciales y su vinculatoriedad. Para ello, en la primera sección se hará un repaso del concepto de precedente judicial en sentido estricto. Después, el estudio se centrará en la noción de hetero-vinculatoriedad del precedente judicial; y posteriormente, en el concepto de auto-vinculatoriedad. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del análisis propuesto.

<sup>7</sup> CCE, *Sentencia 109-11-IS/20*, 26 de agosto de 2020, párr. 5.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 30

<sup>10</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al Derecho*. Decimotercera edición. Temis: Bogotá (2003), p. 213.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

## 2. Concepto de precedente judicial en sentido estricto

La sentencia 1791-15-EP/21 hace alusión entre uno de sus razonamientos más relevantes al concepto de precedente judicial, y más específicamente a la noción de vinculatoriedad horizontal. Para comprender mejor esta formulación, es menester dedicar unas breves reflexiones a lo que significa un precedente judicial en sentido estricto y cómo la CCE lo ha concebido.

Para ello, cabe recordar el alcance de la jurisprudencia como fuente de Derecho, respecto de lo cual el tratadista MonroyCabra precisa que: “La jurisprudencia implica que exista una serie de principios y doctrinas o normas generales, que se han deducido de la repetición uniforme de fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares”<sup>10</sup>. Enfatiza el ilustre profesor colombiano la calidad de fuente formal de la jurisprudencia, en virtud de que “constituye un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes”<sup>11</sup>.

De estos criterios se destacan los componentes de uniformidad y reiteración de las decisiones judiciales

a efectos de consolidarse como fuente de Derecho. En este sentido, como señala el autor colombiano Álvaro Aguilar, la doctrina del precedente judicial:

[...] se identifica como un medio de seguridad jurídica [...] permite aceptar que una de las características propias del Estado de Derecho hace presencia en lo atinente a la seguridad y permanencia del espíritu jurídico en las decisiones del ser humano investido de autoridad para obrar o resolver con ánimo de fortalecer la solidaridad y la convivencia de la sociedad<sup>12</sup>.

De esta manera, la relevancia de la noción de precedente judicial se relaciona con la consistencia en la toma de decisiones judiciales y, correlativamente, con el afianzamiento de la seguridad jurídica como principio y derecho constitucional esencial. En línea con estas acotaciones, entonces cabe precisar hasta qué punto y de qué manera la jurisprudencia puede erigirse como fuente de derecho vinculante y directamente aplicable. En este sentido, la autora ecuatoriana Pamela Aguirre Castro estima que se deben examinar cuatro cuestiones que se resumen seguidamente<sup>13</sup>.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que no todas las instancias de la función judicial intervienen con la misma intensidad en la tarea jurisprudencial, habida cuenta

que esta labor está esencialmente reservada a las más altas cortes. En segundo lugar, es menester discernir adecuadamente el sistema de fuentes de cada ordenamiento jurídico, pues en función de esta operación se podrá determinar si una fuente específica es primaria o secundaria. En tercer lugar, se debe considerar si una fuente es directa o indirecta, a fin de deducir el nivel de vinculatoriedad del precedente. Finalmente, la autora en referencia considera que los criterios de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas deben ser analizados de manera integral, de tal manera que lo que constituye fuente vinculante de un precedente es únicamente la *ratio decidendi*. Con base en estas constataciones, la citada autora sintetiza su criterio de la siguiente manera:

De lo analizado en líneas precedentes, se concluye que la jurisprudencia y/o el precedente son obligatorios cuando se constituyen en fuente primaria del derecho, ya sea porque se las considera fuentes directas o indirectas, dado que forman parte del ordenamiento vigente, y por tanto se puede exigir su observancia, como cualquier otra disposición que se encuentra en el ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

En este mismo sentido, el jurista Eduardo Sodero -citado por la autora antes mencionada-, afirma que, “decir que en principio hay que observar los

12 Álvaro Aguilar Ángel. El precedente judicial. *Memorando de Derecho*, 002:0002 (2011), p.153.

13 Cfr. Pamela Juliana Aguirre Castro. *El Precedente Constitucional: La Transformación de las Fuentes del Ordenamiento Jurídico*. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito: (2019), pp. 140-144.

14 *Ibid.*, p. 143.

precedentes obligatorios no significa otra cosa que la exigencia de aplicar a los casos particulares las normas generales contenidas en los mismos, resolviéndolos dentro del marco de posibilidades que tales normas les ofrecen”<sup>15</sup>. En tal virtud, lo crucial a efectos de establecer la configuración de un precedente es identificar esa norma o regla de decisión y su consiguiente vinculatoriedad. En esta línea, Bazante Pita asevera que, “el precedente es la construcción de la vinculatoriedad de una decisión basada en las motivaciones que se expresen en la jurisprudencia”<sup>16</sup>; agregando más adelante que “con la construcción del precedente sabemos cuál o cuáles son las razones que condujeron a determinada decisión. Si la jurisprudencia es lo general, el precedente es lo específico, la primera contiene a la segunda”<sup>17</sup>.

Con base en estas consideraciones, resulta de particular relevancia la sentencia 109-11-IS, que conforma parte esencial de una serie de fallos de la CCE alusivos al concepto de precedente judicial y que han ido conformando una línea jurisprudencial uniforme sobre la materia. En dicha resolución se examina con mayor detenimiento

la noción de precedente judicial en sentido estricto, que como allí se señala constituye uno de los varios tipos de fuente del Derecho de origen judicial<sup>18</sup>. En consecuencia, la Corte desarrolla un conjunto de criterios que permiten discernir con toda claridad en qué casos una decisión judicial se configura como un precedente vinculante.

Primeramente, se explica que el concepto de precedente estricto se encuentra íntimamente relacionado con el deber constitucional de motivación, puesto que en la fundamentación de una decisión judicial se debe distinguir la *ratio decidendi*, esto es “el conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido”<sup>19</sup>; y avanzando un paso más, “dentro de la *ratio decidendi*, cabe todavía identificar su núcleo, es decir, la regla en la que el decisor subsume los hechos del caso concreto para, inmediatamente, extraer la decisión”<sup>20</sup>. Es decir que el primer paso para verificar la existencia de un precedente judicial en sentido estricto es identificar su *ratio decidendi*, y a continuación su núcleo, que no es otra cosa que la regla concreta que conforma la decisión.

15 Eduardo Sodero. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía*, 21 (2004), p. 237.

16 Vladimir Bazante Pita. *El Precedente Constitucional*. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación de Editora Nacional, Quito: (2015), p. 18.

17 *Ibidem*.

18 CCE. *Sentencia 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, párr. 22.

19 *Ibid.*, párr. 23.

20 *Ibidem*.

Ahora bien, como se apunta en la sentencia 109-11-IS, no toda regla (núcleo de la *ratio decidendi*) se puede considerar como precedente judicial en sentido estricto, ya que es necesario también discernir si la misma es o no una mera reproducción aplicada al caso concreto de una norma preestablecida del sistema jurídico. En palabras textuales de la Corte:

[S]i bien, todo precedente judicial en sentido estricto o regla de precedente radica en el núcleo de una *ratio decidendi*, no todo núcleo de una *ratio decidendi* constituye un precedente judicial en sentido estricto o regla de precedente. Para ello, es preciso que la regla cuya aplicación decide directamente (subsuntivamente) el caso concreto haya sido elaborada interpretativamente por el decisor y no meramente tomada del Derecho preexistente<sup>21</sup>.

Por consiguiente, lo que constituye un precedente judicial en sentido estricto es el núcleo de la *ratio decidendi* de una resolución previa, que consista en una regla elaborada interpretativamente por la autoridad judicial decisor. Sin embargo, como se apuntó anteriormente, una decisión judicial se considerará en general como precedente en tanto sea vinculante, y esa vinculatoriedad está dada primigenia, aunque no exclusivamente, por los criterios normativos previstos en las fuentes primarias y directas de un específico ordenamiento jurídico, concretamente la Constitución y la ley. En este sentido, la jurisprudencia

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 24.

<sup>22</sup> CCE. *Sentencia 1035-12-EP/20*, 22 de enero de 2020, párr. 18.

de la CCE ha precisado lo desarrollado por la doctrina y ha distinguido las dimensiones de precedente judicial auto y heterovinculante, en su carácter vertical u horizontal.

### 3. Hetero-vinculatoriedad del precedente judicial

La CCE reconoció la vinculatoriedad del precedente judicial proyectado en dos sentidos: vertical, cuando proviene de una decisión judicial adoptada por un órgano jerárquicamente superior al de referencia; y, horizontal, cuando proviene de una decisión adoptada por un órgano del mismo nivel jerárquico que el de referencia. En cuanto a la hetero-vinculatoriedad, la CCE, en la sentencia 1035-12-EP/20, la definió en los siguientes términos:

Aquella hetero-vinculatoriedad significa que el fundamento (centralmente, la *ratio decidendi*) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a otros jueces del mismo tribunal que, en el futuro tuvieren que resolver un caso análogo<sup>22</sup>.

Para el caso de la justicia ordinaria y justicia constitucional, la sentencia 1035-12-EP/20 plantea la necesidad de efectuar una distinción en cuanto a los criterios de vinculatoriedad, específicamente en lo atinente a los precedentes hetero-vinculantes horizontales de la CNJ y los de la Corte

Constitucional; debiendo indicarse que por obvias razones a estos últimos no le cabe la clasificación de auto y hetero-vinculantes, sino únicamente la de vinculantes (art. 436.1/6 CRE).

Para el caso de los fallos de la CCE, el efecto vinculante del precedente horizontal se proyecta a sus futuros integrantes. En este caso, la manifestación del *stare decisis* se convierte en un elemento conductor del caso análogo posterior, debido a que las decisiones previamente adoptadas por la Corte, al constituirse en regla de precedente (o también denominada precedente judicial en sentido estricto, como se explicó anteriormente en el análisis de la sentencia 109-11-IS), obliga a respetar sus propios razonamientos previos en lo concerniente a las decisiones concretas que pudiera adoptar a futuro<sup>23</sup>. Esto sin dejar de lado que los precedentes judiciales, al no ser inmutables por mandato general, pueden ser válidamente afectados por la reversión y la distinción<sup>24</sup>.

En el caso de los precedentes horizontales de la CNJ, su hetero-vinculatoriedad radica en que se cumpla con los presupuestos previstos en el art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) y más disposiciones relacionadas,

a saber: i) la reiteración por tres ocasiones de la misma opinión sobre un mismo punto de derecho; y, ii) el pronunciamiento conforme por el pleno de la CNJ. Teniendo en mente esto, se puede concluir que los fallos de la CNJ, para volverse vinculantes, deben seguir un procedimiento previamente determinado para nacer a la vida jurídica en calidad de jurisprudencia obligatoria.

Siendo así, la jurisprudencia obligatoria de la CNJ, al cumplir los presupuestos del art. 185 de la CRE, se vuelve autoritativa para los próximos integrantes de dicho órgano judicial; debiendo observarse para el caso de cambio de criterio jurisprudencial obligatorio lo establecido en la parte final del inciso segundo del art. 185 de la CRE, que al texto dispone lo siguiente: “Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala”<sup>25</sup>.

La situación es distinta para el caso de los fallos emitidos por la CNJ que no cumplen con el presupuesto constitucional previsto en el art. 185 de la CRE. En estos casos no constituye jurisprudencia obligatoria

23 CCE. *Sentencia 139-15-SEP-CC*, 19 de abril de 2015, p. 17.

24 CCE. *Sentencia 109-11-IS/20*, 26 de agosto de 2020, párr. 30.

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

para los grados menores de la justicia ordinaria<sup>26</sup>; ni para los futuros jueces de la CNJ<sup>27</sup>. Al respecto, la sentencia 1791-15-EP/21 expresamente señala lo siguiente:

No obstante, dicho cargo no atiende que la vinculatoriedad horizontal de las decisiones de la Corte Nacional de Justicia está sujeta a regulaciones hechas por el propio constituyente y que, fuera de esas reglas, los jueces tienen libertad decisional para resolver las controversias puestas a su conocimiento de acuerdo a su comprensión e interpretación del ordenamiento jurídico y las constancias procesales, como parte de la independencia judicial de la que gozan según el artículo 168.1 de la Constitución de la República<sup>28</sup>.

Para el caso de la justicia ordinaria, por fuera de la CNJ, en la sentencia 1035-12-EP/20 (párr. 18) se observa que a nivel de las decisiones de los tribunales de las salas de las Cortes Provinciales (y otros órganos jurisdiccionales de instancia), no se ha instituido el precedente horizontal hetero-vinculante; así por ejemplo, un fallo de una de las salas especializadas de la Corte Provincial de Pichincha no podría tener efectos autoritativos ni obligatorios sobre las decisiones que a futuro adoptara la misma sala pero con otra conformación; en el caso de los órganos jurisdiccionales de instancia, *verbi gratia*, el fallo de un juez multicompetente tampoco tendría efectos obligatorios sobre las

futuras decisiones de un nuevo juez que actuara en la misma judicatura.

A más de lo indicado se suma el hecho de que los precedentes horizontales no vinculantes (como es el caso de los fallos de Corte Provincial y juzgados de instancia, o de la Corte Nacional que no cumplan con el art. 185 de la CRE), pueden ser válidamente utilizados por las partes con finalidad persuasiva pero no autoritativa, correspondiendo al juez o tribunal pronunciarse sobre tal argumento cuando sea relevante en el debate procesal<sup>29</sup>. A esto se debe agregar la circunstancia de que para que un dictamen, resolución o sentencia no hetero-vinculante sea objeto de pronunciamiento, debe ser expresamente alegado; aspecto necesario debido a que no es razonable exigir al juzgador que conozca la existencia del pronunciamiento de otro juzgador que no es vinculante para el primero<sup>30</sup>.

En este punto de análisis es importante señalar la relación que se puede dar entre los pronunciamientos de la CCE y la CNJ según lo prescrito en la sentencia 1797-18-EP/20 (párr. 56 y 57), en el sentido de que un precedente

26 En la sentencia 1035-12-EP/20, segunda parte del párr. 20, se establece que en este caso la existencia del precedente vertical no vinculante puede esgrimirse dentro de un proceso judicial como argumento persuasivo, pero no autoritativo.

27 En la sentencia 1035-12-EP/20, párr. 18 parte final, se indica que la regla indicada para la Corte Provincial se aplica para el caso de la CNJ; esto es, que cuando el fallo no constituye precedente horizontal hetero-vinculante, estos pueden ser invocados con finalidad persuasiva pero no autoritativa.

28 CCE, *Sentencia 1791-15-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 28.

29 CCE, *Sentencia 1035-12-EP/20*, 22 de enero de 2020, párr. 20.

30 CCE., *Sentencia 1791-15-EP/21*, 27 de enero de 2021, párr. 25.

de la CCE puede dejar sin efecto un fallo que constituya jurisprudencia obligatoria por triple reiteración de la CNJ, emitida válidamente al amparo del art. 185 de la CRE. Esto no sucedería cuando la jurisprudencia obligatoria de la CNJ se haya constituido con base en más de tres sentencias, pues revirtiéndose una de ellas mediante una resolución de la Corte Constitucional, aquella continuaría subsistiendo, al seguirse cumpliendo con el presupuesto constitucional del citado art. 185 de la CRE, de reiteración del mismo criterio por tres ocasiones.

Uno de los principales problemas que se puede observar a nivel de la justicia ordinaria tiene que ver con terminar de concretar la obligatoriedad de aplicación de los precedentes vinculantes de la CCE. La dificultad residiría a nivel práctico, puesto que teóricamente este aspecto ya ha sido superado en virtud de que la jurisprudencia ha dejado de ser concebida como mera fuente auxiliar o subsidiaria -propio del estado legal-positivista-, para ser considerada actualmente como una verdadera fuente de derecho, como corresponde en un Estado constitucional de derechos.

En lo que atañe a la vía constitucional para exigir el cumplimiento de los precedentes vinculantes, la anterior conformación de la Corte mantuvo el siguiente criterio:

[E]l incumplimiento de una norma o regla creada mediante jurisprudencia vinculante constitucional, se instituye en derecho objetivo y por lo tanto puede exigirse su cumplimiento por intermedio de una acción por incumplimiento de norma o en su defecto a través de una acción de incumplimiento de sentencia dictada por la Corte Constitucional, previa estricta observancia de los requisitos exigidos para el efecto y previstos para cada una de estas acciones constitucionales<sup>31</sup>.

La actual conformación de la CCE, en la sentencia 3-15-IS/21, categóricamente manifestó:

Esta Corte considera pertinente aclarar que la acción de incumplimiento de sentencias no puede ser utilizada para perseguir el “cumplimiento” general de precedentes dictados por este Organismo. Como se señaló previamente, el alcance de esta garantía es proteger a las personas ante el incumplimiento total o parcial de obligaciones concretas dispuestas en una decisión constitucional (...). Si bien existen decisiones de la Corte Constitucional que consideran lo contrario, es necesario apartarse de este criterio, en aras de proteger la naturaleza propia de esta garantía jurisdiccional<sup>32</sup>.

Por tanto, la acción extraordinaria de protección es la garantía jurisdiccional pertinente, adecuada y eficaz cuando se pretende el cumplimiento de precedentes

31 CCE, *Sentencia 034-16-SIS-CC*, 29 de junio de 2016, p. 7.

32 CCE, *Sentencia 3-15-IS/21*, 13 de enero de 2021, párr. 21 y 22.

emitidos por la CCE, que se traducen principalmente en una violación de los derechos constitucionales a la igualdad formal y a la seguridad jurídica. Todo ello en conformidad con los presupuestos legales de admisión establecidos en el art. 62.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), que al texto dispone que:

La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; este ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente (...) 8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional<sup>33</sup>.

En cuanto a los fallos dentro de procesos constitucionales orgánicos, como el caso del control concreto de constitucional, la actual CCE en la sentencia 37-14-IS/20 (párr. 21), estableció la procedencia de la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, cuando en ellos conste un mandato claro de hacer o no hacer determinado; situación que no es procedente cuando se pretende, a través de la acción de incumplimiento, el exigir el cumplimiento de una sentencia en

donde se ejerció control constitucional sobre una norma jurídica en concreto.

Finalmente, a pesar de que las disposiciones normativas que dotan de vinculatoriedad a los precedentes de la Corte se fundan en la igualdad formal y la seguridad jurídica, no siempre su inobservancia por parte de los operadores de justicia se traduce en una violación de ambas. De hecho, en la sentencia 1797-18-EP/20 textualmente se lee lo siguiente:

Asimismo, este Organismo reitera que la observancia de los precedentes constitucionales permite asegurar la vigencia de los derechos a la seguridad jurídica y a la igualdad. Sin embargo, esta Corte estima que la vulneración del derecho a la seguridad jurídica por la presunta inobservancia de un precedente constitucional no necesariamente acarrea de forma automática la vulneración del derecho a la igualdad y que el análisis de presunta vulneración de estos derechos debe ser individualizado<sup>34</sup>.

#### 4. Implicaciones de la auto-vinculatoriedad del precedente judicial

Como se ha reiterado en varios fallos de la Corte, los precedentes judiciales se clasifican en dos dimensiones, dependiendo del tipo de tribunal de procedencia: verticales u horizontales. Dentro de la dimensión de los precedentes horizontales, la sentencia 1035-12-EP/20 hace una diferenciación entre hetero-vinculante

<sup>33</sup> LOGJCC, Registro Oficial Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

<sup>34</sup> CCE. *Sentencia 1797-18-EP/20*, 16 de diciembre de 2020, párr. 66.

y auto-vinculante. En este apartado se examinará sucintamente la segunda categoría, sus implicaciones y las referencias utilizadas en jurisprudencia comparada.

El principio de *stare decisis* fue incluido en el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la adopción de la CRE<sup>35</sup> en 2008. En sus inicios, la CCE lo interpretó como una innovación constitucional y lo explicó como el “deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción”<sup>36</sup>. Sobre este mismo principio, se ha referido la profesora María Ángeles Ahumada, razonando que:

(...) la dinámica que impone el *stare decisis* es fácil de describir. En virtud de este principio los jueces han de decidir los casos del presente atendiendo a cómo se decidieron casos iguales o semejantes en el pasado. En sentido horizontal, el *stare decisis* fuerza la vinculación del juez a sus decisiones anteriores<sup>37</sup>.

Dicho esto, se reitera el reconocimiento tanto del principio *stare decisis* en el sistema jurídico ecuatoriano, como a la jurisprudencia como una fuente directa del Derecho que formula criterios universales vinculantes. Ahora bien, entre sus

fallos recientes, la Corte se pronunció respecto a los precedentes horizontales, expresando lo siguiente:

(...) el precedente horizontal auto-vinculante es una necesidad racional y jurídica. Dicha auto-vinculatoriedad quiere decir que el fundamento (centralmente, la *ratio decidendi*) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a esos mismos jueces cuando, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo; de manera que dichos jueces pueden apartarse de su propio precedente solo si lo justifican suficientemente<sup>38</sup>.

Posteriormente, la CCE profundizó su razonamiento jurídico, y explicó que de esta manera se universaliza el fundamento evitando incoherencias en futuros casos análogos. Es importante resaltar que, con la finalidad de enfatizar en que este tipo de precedentes son aplicados por el mismo tribunal del que en su momento emanaron, la Corte recurre a la denominación de auto-vinculante, lo que implica una obligación de los tribunales a construir una línea jurisprudencial congruente.

Sobre este punto, es interesante el criterio formulado por la Corte Constitucional de Colombia, que concretamente ha sostenido lo siguiente:

35 CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 436, núm. 1 y 6.

36 CCE. *Sentencia 001-10-PJO-CC*, 29 de diciembre de 2010, párr. 27.

37 María Ángeles Ahumada. *Stare decisis* y creación judicial de Derecho Constitucional. A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23(67) (2003), p. 356; citada por Carlos Manuel Echeverri Cuello. La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas. *Revista Vis Juris*, 1 (2014), 89-116.

38 CCE, *Sentencia 1035-12-EP/20*, 22 de enero de 2020, párr. 19.

En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas<sup>39</sup>.

Dicho esto, se infiere que las juezas y jueces deben guiar sus decisiones respecto a lo previamente actuado para preservar la coherencia y consistencia en sus fallos. A pesar de aquello, no se descarta la posibilidad de apartarse de un criterio tras una argumentación contundente que evidencie la necesidad de apartarse o matizar la línea jurisprudencial de un tribunal.

Otro ejemplo a resaltar en el manejo de precedentes horizontales es el del Tribunal Constitucional Alemán. Para el pleno de dicho órgano, la jurisprudencia no tiene un grado de vinculatoriedad; de hecho, ésta puede variar en función de las actualizaciones del Derecho<sup>40</sup>. Evidentemente, de existir variaciones

constantes, se podría poner en duda un actuar arbitrario por parte del Tribunal; por lo que la modificación de las líneas jurisprudenciales es posible únicamente cuando la decisión es tomada en sala plena y se realiza con el objeto de aplicar nuevos desarrollos del Derecho. No obstante, para los senados y cámaras pertenecientes al Tribunal Constitucional Alemán, la jurisprudencia tiene carácter vinculante y es invariable<sup>41</sup>.

## 5. Conclusiones

La jurisprudencia en general, y el precedente judicial en particular, constituyen fuentes del Derecho cuyo valor intrínseco ha sido tradicionalmente discutido en los sistemas jurídicos civilistas romano-germánicos. Sin embargo, con el paso del tiempo y sobre todo la creciente incorporación de los elementos axiológicos y normativos propios del Estado constitucional, los precedentes judiciales -especialmente en materia constitucional-, han ido cobrando cada vez más relevancia y eficacia jurídica. En este contexto, la actual conformación de la CCE ha venido desarrollando una línea jurisprudencial homogénea y clarificadora respecto al concepto de precedente y su vinculatoriedad en

39 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-698/04*, 22 de julio de 2004, párr. 12.

40 Jorge Ricardo Palomares García. El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, 2 (2015), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6132860>.

41 *Ibidem*.

función de las principales categorías en que se clasifica.

En las sentencias que se han analizado en el presente artículo, ha sido posible identificar dos grandes distinciones del precedente judicial: hetero vs. auto-vinculante y horizontal vs. vertical. Con el propósito de tener un mejor entendimiento del sentido y alcance de cada uno y su interrelación, en primer lugar, se ha reflexionado brevemente sobre el concepto específico de precedente judicial en sentido estricto. A continuación, el estudio se ha centrado ya de forma particular en desentrañar el significado de dichas categorías, a partir de lo establecido por la Corte en sus fallos pertinentes. En suma, se ha podido constatar la necesidad de tener claros los conceptos sobre estas cuestiones para poder resolver adecuadamente los casos concretos en los cuales se ponen en aplicación, y que exigen un ejercicio de argumentación riguroso y ajustado a los parámetros constitucionales.

## 6. Bibliografía

### Doctrina

- Aguilar Ángel, Álvaro. «El precedente judicial». *Memorando de Derecho* 2, n.º 2 (2011): 153-162. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851207.pdf>.
- Aguirre Castro, Pamela Juliana. *El Precedente Constitucional: La Transformación de las Fuentes del Ordenamiento Jurídico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7107/1/SDS-006-Aguirre-El%20Precedente.pdf>.
- Ahumada, María Ángeles. Stare decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, n.º 67 (2003): 351-365.
- Bazante Pita, Vladimir. *El Precedente Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, 2015. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4905>.
- Echeverri Cuello, Carlos Manuel. «La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas». *Revista Vis Iuris* 1, n.º 1 (2014): 89-116. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/download/212/190/>.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho. Decimotercera edición*. Bogotá: Temis, 2003.
- Palomares García, Jorge Ricardo. «El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán». *Via Inveniendi et Iudicandi* 10, n.º 2 (2015): 29-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6132860>.
- Sodero, Eduardo. «Sobre el cambio de los precedentes». *Isonomía* 21 (2004): 217-254. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1401866>.

## Normativa

Constitución de la República del Ecuador  
(Registro Oficial 449 de 20 de octubre de  
2008).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales  
y Control Constitucional (Registro Oficial  
Segundo Suplemento 52 de 22 de octubre  
de 2009).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia*  
*001-10-PJO-CC*, 29 de diciembre de 2010.

— *Sentencia 139-15-SEP-CC*, 19 de abril de 2015.

— *Sentencia 034-16-SIS-CC*, 29 de junio de 2016.

— *Sentencia 1035-12-EP/20*, 22 de enero de 2020.

— *Sentencia 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020.

— *Sentencia 1797-18-EP/20*, 16 de diciembre de  
2020.

— *Sentencia 3-15-IS/21*, 13 de enero de 2021.

— *Sentencia 1791-15-EP/21*, 27 de enero de 2021.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia*  
*T-698/04*, 22 de julio de 2004.

# El proceso de ratificación del Convenio 190 de la OIT y la obligación de prevenir, erradicar y sancionar el acoso laboral y garantizar los derechos de la mujer

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

## Resumen

En este artículo se examina el rol la Corte Constitucional en la ratificación por el Ecuador de tratados internacionales. En este sentido, se hace alusión al control constitucional que realiza dicho organismo jurisdiccional a los instrumentos internacionales y se refiere, específicamente, al proceso derivado por la ratificación del Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo de la OIT. Adicionalmente, se aborda la violencia y el acoso en el ambiente laboral, resaltando la importancia del tema abordado en el mencionado Convenio, y se presentan perspectivas del desarrollo, tanto normativo como de política pública, que el país debe implementar a partir de la entrada en vigor de dicho instrumento.

## Palabras clave

Control constitucional de tratados internacionales, Convenio 190, violencia y acoso laboral, violencia contra la mujer

## 1. Introducción

El 4 de marzo de 2020, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió el dictamen 37-19-TI/20, decisión mediante la cual declaró la constitucionalidad del Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo trabajo (en adelante, C190). El C190 es el primer tratado internacional que establece como derecho tener un ambiente laboral libre de violencia y acoso, constituyéndose en un instrumento histórico del derecho internacional<sup>1</sup>.

Desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el mencionado convenio presenta la primera definición normativa internacional de violencia y acoso en el ámbito laboral, incluyendo a la violencia de género, lo que pone en evidencia la omnipresencia del fenómeno a nivel mundial. En este sentido, la adopción del mismo representa la oportunidad de configurar un futuro laboral con un enfoque inclusivo basado en consideraciones de género, dignidad y respeto, libre de violencia y acoso<sup>2</sup>. Asimismo, la ratificación del C190 supone que los Estados miembros

adopten medidas apropiadas, orientadas a prevenir y proteger a las y los trabajadores, formales e informales, de la violencia y el acoso, mitigando sus efectos en el ambiente laboral<sup>3</sup>.

Durante el año 2020, la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Nacional (en adelante, AN) analizó el C190 en mesas técnicas conformadas por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio del Trabajo, Consejo Nacional para la Igualdad de Género, y Comité Nacional de Mujeres de la Internacional de Servicios Públicos<sup>4</sup>. Tras la presentación de informes técnicos desarrollados en jornadas de trabajo en paralelo con organizaciones sindicales de trabajadoras remuneradas del hogar, la Universidad Andina Simón Bolívar, CARE Ecuador y ONU Mujeres, los comisionados destacaron la importancia y los beneficios de ratificar el instrumento internacional, entre los que resalta la creación de programas de formación y sensibilización sobre la importancia de erradicar los casos violentos en el ámbito laboral<sup>5</sup>.

El 17 de enero de 2021, en la sesión 691, el pleno de la AN ratificó

1 OIT. *El Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso entrará en vigor en junio de 2021*, 25 de junio de 2020, [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_749161/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749161/lang-es/index.htm).

2 OIT. *La contribución del diálogo social a la igualdad de género. Global Deal Pacto Mundial juntos por el trabajo decente y el crecimiento inclusivo*. (2020), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_679961.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_679961.pdf).

3 *Ibidem*.

4 AN. *Ratificación del Convenio Internacional sobre acoso y violencia en el trabajo se analiza en relaciones internacionales*, última modificación 21 de octubre, 2020, <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/69241-ratificacion-del-convenio-internacional-sobre-acoso-y>.

5 *Ibidem*.

por unanimidad el C190, después de verificar su relevancia para alcanzar la igualdad de género y la validación de su compatibilidad con la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) por parte de la CCE. De manera que el Estado se comprometió a adoptar medidas legislativas y desarrollar políticas públicas que garanticen el pleno goce de un ámbito laboral libre de violencia y acoso para las y los trabajadores, haciendo énfasis en la erradicación del acoso sexual en el mundo del trabajo<sup>6</sup>.

El presente artículo enfocará su análisis en la relevancia de la ratificación del C190 para el país. Para ello, en la primera sección se aludirá al control constitucional realizado por la Corte en el dictamen 37-19-TI/20. Seguidamente, se abordará la problemática de la violencia y el acoso en el ámbito laboral. Posteriormente, se presentarán algunas perspectivas de desarrollo normativo y política pública en el Ecuador con relación a la entrada en vigor del C190. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del análisis propuesto.

## 2. El control constitucional de instrumentos internacionales:

En el Ecuador el control de constitucionalidad a los tratados internacionales se estableció por primera vez en la Constitución de 1998; en el art. 276.5 se preveía como una atribución del extinto Tribunal Constitucional “[d]ictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”<sup>7</sup>. En términos generales, para el profesor Hernán Salgado Pesantes el control de constitucionalidad de tratados internacionales “consiste en examinar si el tratado o convenio contiene cláusulas que contradigan las normas de la Constitución o si está en armonía con ella”<sup>8</sup>.

De una atenta lectura de los arts. 107 y 110 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>9</sup> (en adelante, LOGJCC), se observa que los mecanismos de control de constitucionalidad de tratados internacionales operan sobre: i) tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa; ii) resoluciones legislativas expedidas

6 Asamblea Nacional República del Ecuador. *Asamblea aprobó la ratificación del convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*, última modificación 17 de enero, 2021 <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/70263-asamblea-aprobo-la-ratificacion-del-convenio-sobre-la>.

7 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

8 Hernán Salgado Pesantes. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Corporación Editora Nacional: Quito (2005), p. 63. El art. 108 LOGJCC (Registro Oficial Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009), dispone lo siguiente: “El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo”.

9 LOGJCC, Registro Oficial Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

previo a la ratificación; iii) tratados internacionales que no requieren aprobación legislativa; y, iv) tratados internacionales que fueren objeto de referendo de conformidad con lo previsto en el art. 420 de la CRE.

En el primer caso, el dictamen que emite la CCE para los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa tiene la característica de ser vinculante, preventivo o previo, y automático. La condición de vinculante, al ser emitido favorablemente, debe ser entendida únicamente en el sentido de no contradecir los postulados de la CRE, dejando en manos de la Asamblea Nacional la libertad para aprobar o no el tratado internacional. Es preventivo o *ex ante* porque la revisión del convenio se efectúa antes de que forme parte del ordenamiento jurídico, a fin de determinar si dicho instrumento es acorde o no con los postulados constitucionales, adquiriendo *a posteriori* el carácter de vinculante. Finalmente, el control es automático u obligatorio por cuanto indefectiblemente los contenidos de los tratados internacionales deben ser examinados por la CCE, sin necesidad de que el proceso de revisión constitucional sea activado a petición de parte.

La actual Constitución, en el art. 419, establece taxativamente los

casos en los que se requiere, luego del control de constitucionalidad respectivo, la aprobación legislativa para perfeccionar la ratificación de un instrumento internacional. Estos casos se circunscriben a tratados que contengan aspectos relativos a: i) materia territorial o limítrofe; ii) establecimiento de alianzas políticas o militares; iii) compromisos de expedir, modificar o derogar una ley; iv) derechos y garantías establecidas en la Constitución; v) comprometan la política económica del Estado, determinada en su Plan Nacional de Desarrollo, a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; vi) comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; vii) atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y, viii) comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. Fuera de estos casos, no se requiere de aprobación legislativa previa.

Antes de realizar el control de constitucionalidad de un tratado internacional, la CCE emite un primer dictamen para constatar la necesidad de cumplir o no con la fase de aprobación legislativa prevista para los casos del art. 419 de la CRE; y, únicamente cuando se dicta pronunciamiento favorable en el sentido de requerirse

tal aprobación legislativa, se efectúa en un segundo dictamen el control de constitucionalidad del respectivo instrumento internacional, tanto en su aspecto formal como de contenido<sup>10</sup>. Para el caso presente, el trámite a seguirse a lo interno de la Corte se encuentra previsto principalmente en el art. 111, núm. 2, letras a), b) c) y d) de la LOGJCC; con el aditamento de que, de no resolverse en el término de treinta días luego de la publicación del convenio en el Registro Oficial -a fin de cumplir con la fase de impugnación ciudadana-, se entenderá que se ha emitido pronunciamiento favorable de constitucionalidad (*dictamen ficto*).

En cuanto a aquellos tratados que no requieren aprobación legislativa, la Corte debe verificar previamente, mediante dictamen, la necesidad o no de aprobación legislativa previa, disponiendo de un término de ocho días desde su recepción para resolver (art. 109 de la LOGJCC). En este examen, la CCE toma como canon de constitucionalidad el art. 419 de la CRE; para en un segundo dictamen ejecutar el control de constitucionalidad a los tratados en su forma y contenido, conforme se indicó anteriormente, en atención a lo prescrito en los arts. 110.1 y 111.2 de la LOGJCC. Igualmente, el art. 110.4 de la LOGJCC dispone que los tratados internacionales, una vez

suscritos y cuando no requieren de aprobación legislativa, pueden ser demandados en su constitucionalidad dentro del plazo de seis meses.

En lo que atañe al control de constitucionalidad a las resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, se observa que se refiere a un control de naturaleza posterior. Además, este mecanismo se encuentra sujeto a su vez a un periodo de dos meses a partir de su expedición, y procede únicamente por vicios formales y procedimentales (art. 110.3 de la LOGJCC); esto se verificaría, por ejemplo, cuando en la fase de aprobación legislativa no se observaren aspectos como los indicados en el art. 108, inciso final, de la Ley Orgánica de la Función Legislativa<sup>11</sup>, en cuanto a la votación necesaria (mayoría absoluta) para aprobar los tratados internacionales.

Con relación a los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de la CCE para estos casos, los arts. 112.3 y 112.4 de la LOGJCC establecen, respectivamente, que se deberá enmendar el vicio procedimental por el órgano que lo produjo; o, en el caso de haberse ratificado el tratado, el Estado deberá denunciarlo ante el órgano correspondiente, propiciar y lograr

<sup>10</sup> El art. 112 numerales 2 y 4 de la LOGJCC en su orden manifiestan: Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: 2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de uno de dichos tratados por razones de fondo, la Asamblea Nacional se abstendrá de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule; 3. Cuando se declara la inconstitucionalidad por razones de forma, se deberá enmendar el vicio por el órgano que lo produjo.

<sup>11</sup> Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial Suplemento 642, 27 de julio de 2009.

la renegociación del instrumento, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional<sup>12</sup>.

Finalmente, la cuarta modalidad de control de constitucionalidad de instrumentos internacionales se refiere a aquellos tramitados a través de referendo (art. 420 de la CRE). En estos casos, el art. 110 núm. 2 de la LOGJCC establece la regla de que únicamente pueden ser demandados por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva. La iniciativa en cuanto a la ratificación mediante referéndum de los tratados internacionales la tiene, en este caso, tanto el presidente de la República como la ciudadanía.

En todos los tres últimos casos, el procedimiento para su control constitucional por parte de la Corte se realizará de conformidad con las disposiciones previstas para la acción de inconstitucionalidad en general (art. 111, núm. 1 de la LOGJCC). Estas reglas corresponden a las establecidas desde el art. 74 al art. 98 inclusive de la LOGJCC; sin dejar de mencionar, además, la regulación general prevista -para todos los cuatro casos- en los arts. 80 a 83 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional<sup>13</sup>.

Adicionalmente, cabe indicar que en el art. 422 de la CRE se establece la prohibición de celebrar tratados internacionales en los cuales el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, para el caso de controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; con la salvedad de los conflictos entre el Estado y ciudadanos latinoamericanos, que pueden ser solventadas por instancias arbitrales regionales, o por órganos jurisdiccionales de designación de los correspondientes países signatarios.

En el caso 37-19-TI, la Corte emitió dos dictámenes. En el primero, de fecha 8 de enero de 2020, la CCE examinó la necesidad o no de aprobación legislativa del C190; a través de este pronunciamiento, luego del análisis correspondiente y la confrontación con las ocho causales contempladas en el art. 419 de la CRE, la Corte concluyó que el convenio se encontraba inmerso en los presupuestos de los números 3 y 4 del mencionado art. 419, por lo que consideró que para la ratificación presidencial se requería previamente de la aprobación legislativa.

En cuanto al número 3 del art. 419 de la CRE, la Corte verificó que se

---

<sup>12</sup> Para el caso de las denuncias de tratados internacionales en el campo de los derechos humanos, se recomienda la lectura del esclarecedor trabajo de la actual vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador: Daniela Salazar Marín. La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. *Revista Iuris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito*, 15 (17) (2016), <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/article/view/739/808>.

<sup>13</sup> Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015.

exige, conforme a los contenidos del Convenio, reformas legales tanto a la LOSEP como al Código del Trabajo, que obligan a los empleadores y trabajadores a instaurar normativa interna destinada a prevenir la violencia y el acoso<sup>14</sup>. En referencia al núm. 4 del art. 419 de la CRE, se constata que el convenio prevé y regula el derecho humano a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso, siendo la referencia al régimen de derechos inmediata. En este punto, la CCE dejó en claro que, conforme su jurisprudencia, se excluyen los casos en los que no se requiere aprobación legislativa previa, como son: i) no modificación en forma alguna del régimen de derechos; ii) únicamente reproduce un derecho previamente garantizado; y, iii) dispone la implementación de políticas de protección.

Como resultado de la decisión de la Corte de requerirse aprobación legislativa previa, se emitió un segundo dictamen con fecha 4 de marzo de 2020, dentro de la mencionada causa 37-19-TI, en atención a lo previsto en el art. 438.1 de la CRE y arts. 107.2, 108, 110.1 y 111.2 de la LOGJCC. En este dictamen, la CCE verificó -en primer término- que la autoridad que suscribió el Convenio fue el presidente de la República, por lo que no era inconstitucional por

la forma al cumplirse lo previsto en los arts. 147.10 y 418, inciso primero, de la CRE<sup>15</sup>. En cuanto al control de los contenidos del C190, la Corte divide su análisis en tres apartados: i) definiciones y ámbito de aplicación (arts. 1-3); ii) obligaciones de acciones, políticas públicas y normativas (arts. 4-11); y, iii) mecanismos de denuncia, entrada en vigencia y revisión del tratado por los Estados contratantes (arts. 13-20).

En el control constitucional a los contenidos del primer apartado, la CCE determinó que el ámbito de aplicación de las obligaciones estatales, al ser favorables a los trabajadores, no contrarían la CRE<sup>16</sup>. En el control al apartado segundo -en armonía con el dictamen de fecha 8 de enero de 2020-, la CCE declaró su conformidad, con la advertencia a la Asamblea Nacional de que implemente y adecue, a través de su capacidad normativa, los contenidos del Convenio por no contradecir los mandatos constitucionales<sup>17</sup>. En el control al tercer apartado, que hace relación a los mecanismos de denuncia, entrada en vigencia y revisión del tratado, la CCE consideró que dichas regulaciones son propias del derecho internacional de los tratados (contenido básicamente en la Convención de Viena sobre el derecho

<sup>14</sup> CCE, *Dictamen 37-19-TI/20*, 8 de enero de 2020, párr. 11.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>16</sup> CCE, *Dictamen 37-19-TI/20*, 4 de marzo de 2020, párr. 13.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 21.

de los tratados, ratificado por Ecuador el 11 de febrero de 2005); y, llegó a la conclusión que en este acápite no existían aspectos que contravinieran la CRE<sup>18</sup>.

En consecuencia, en la parte resolutive del dictamen, la Corte declaró que el C190 no es incompatible con la CRE; disponiendo además notificar al presidente de la República o a su delegado a fin de que se haga conocer el mismo a la Asamblea Nacional. A la fecha, el mentado Convenio, tras haber superado el control constitucional, ha sido aprobado por la Asamblea Nacional mediante resolución legislativa de 17 de enero de 2021; y, con posterioridad, ratificado en su integridad por el presidente de la República mediante decreto ejecutivo 1237 de 2 de febrero de 2021.

### **3. La problemática de la violencia y el acoso laboral**

Dentro de un ambiente laboral ideal se interactúa con cordialidad y por medio del diálogo. Sin embargo, los malentendidos o desacuerdos, que pueden terminar en discusiones y confrontación, también forman parte del mundo del trabajo. Estas distintas formas de interacción son el resultado de los desafíos diarios de

toda profesión, que pueden provocar presión o ansiedad en las y los trabajadores, y se manifiesta en sus relaciones entre colegas, o inclusive con sus superiores. Tradicionalmente, estos comportamientos conflictivos han sido un problema oculto en el mundo del trabajo, pues las actitudes de enfrentamiento han solido ser enmascaradas como competitividad o entrega al trabajo<sup>19</sup>. Es importante señalar que las denuncias por violencia o acoso laboral tampoco son comunes, debido entre otros posibles motivos, al temor que pudieran enfrentar las y los trabajadores a perder su puesto de trabajo.

El acoso laboral cobra especial relevancia al tratarse de un fenómeno social que no solamente abarca un hostigamiento a la o el trabajador, sino que también conlleva una afectación de la vida cotidiana de sus víctimas; pues consiste en una amenaza a su dignidad y que, en casos graves, puede llegar a desestabilizarlas psicológicamente, desencadenando en las circunstancias más extremas hasta el suicidio<sup>20</sup>. Cabe destacar que el mundo del trabajo es un escenario más donde se puede evidenciar la violencia de género; de hecho, la legislación que busca la erradicación de este tipo de violencia tiende a incluir a los actos que se

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 21

<sup>19</sup> Mara Trujillo, María Valderrabano y René Hernández. *Mobbing: historia, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas*. *Innovar*, 29 (2007): 71-99, <https://www.redalyc.org/pdf/818/81802905.pdf>.

<sup>20</sup> Vanessa De Miguel Barrado y Jorge Prieto Ballester. El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español. *Perspectivas*, 38 (19) (2016): 25-44, <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425948032003.pdf>.

desarrollan en el ámbito laboral<sup>21</sup>. Esto se debe a que en dicho contexto no es infrecuente encontrar escenarios con violencia o acoso sexual, donde las mujeres son las principales víctimas y los perpetradores en su mayoría varones<sup>22</sup>.

En el informe “*Violence at work*”, elaborado por la OIT, se explica que aun cuando la violencia en el ambiente laboral se presenta como un problema oculto, con un análisis individual de casos se puede evidenciar una problemática generalizada y poco denunciada<sup>23</sup>. En el mismo informe se menciona que la violencia puede ser física o psicológica, y que, si bien la primera es más visibilizada, la segunda puede tener un efecto de abuso emocional en las víctimas, causando un impacto igual o más dañino que la primera. Entre las conductas violentas más comunes se encuentran el acoso sexual, el *bullying*, y el denominado *mobbing*<sup>24</sup>.

La primera definición legal de acoso laboral o *mobbing* data de 1993; Suecia fue el Estado pionero al incluirla

en su legislación y, fue en ese mismo país que, ya en 1996, se empezaron a realizar campañas que cuestionaban el ambiente laboral de al menos 300 empresas privadas<sup>25</sup>. No fue sino hasta 2001 que el Parlamento Europeo llevó a cabo sus primeras consideraciones sobre el acoso laboral. La institución propuso redactar el *Libro Verde sobre el estado del acoso moral en el trabajo*, documento donde se recogen lineamientos que permitirían definir al acoso laboral uniformemente en la Unión Europea, y presentar posibles medidas a adoptar para contrarrestarlo<sup>26</sup>.

En América Latina y el Caribe no hay evidencia de que el acoso laboral sea considerado como una problemática social de tratamiento urgente. De hecho, según la estrategia de la OIT para la región, teniendo en cuenta los desafíos en materia laboral de los Estados que la conforman, se constatan tres prioridades: i. Políticas de desarrollo productivo para más y mejores empleos; ii. La transición de la economía informal hacia la formalidad; y, iii. La aplicación y respeto de las normas internacionales de trabajo<sup>27</sup>. A

21 Oficina Internacional del Trabajo. Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. *Informe V (I)*, reunión núm. 107 (2018), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_554100.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554100.pdf).

22 *Ibidem*.

23 Duncan Chappel y Vittorio Di Martin. *Violence at work*, 3era edición. Ginebra: OIT (2006), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_publ\\_9221108406\\_en.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf).

24 El *bullying* se refiere a comportamientos ofensivos, crueles o maliciosos tendentes a humillar a una o un trabajador o grupo de trabajadores/as. El *mobbing* en cambio alude al acoso psicológico, una crítica negativa constante que tiende a aislar a la o el trabajador. Ambos tipos de acoso causan similar impacto psicológico en las y los trabajadores; su principal diferencia es que el *bullying* es una acción perpetuada por una sola persona, mientras que el *mobbing* es colectivo.

25 José Vicente Rojo y Ana María Cervera. *Mobbing o acoso laboral*. Madrid: Tébar (2005).

26 *Ibidem*.

27 OIT. Prioridades regionales en América Latina y el Caribe, <https://www.ilo.org/americas/prioridades/lang--es/index.htm>.

pesar de este déficit, existen algunos casos que merecen ser resaltados. Así, por ejemplo, en Argentina se han emitido múltiples fallos en los que se reconoce al acoso moral dentro del derecho laboral, siendo uno de los primeros y más conocidos el “caso Dufey” de 2005<sup>28</sup>. De igual manera, en Colombia su Constitución reconoce en el art. 53 como garantía fundamental el derecho a la integridad, tanto física como moral, en el ámbito laboral<sup>29</sup>; además, en 2006 se aprobó la Ley No. 88 de acoso laboral, por medio de la cual se adoptaron medidas dirigidas a prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y hostigamientos en las relaciones de trabajo, lo que se complementa con la Ley No. 1010 que reglamenta al acoso laboral<sup>30</sup>.

En el caso ecuatoriano, el art. 331 de la CRE prescribe lo siguiente:

El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo<sup>31</sup>.

Del mismo modo, en 2017 se aprobó la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante, LOSEP) y al Código del Trabajo, para prevenir el acoso laboral. Mediante esa reforma, se agregó un artículo innumerado con la siguiente definición de acoso laboral:

(...) todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral. El acoso podrá considerarse (sic) como una actuación discriminatoria cuando sea motivado por una de las razones enumeradas en el artículo 11.2 de la Constitución de la República, incluyendo la filiación sindical y gremial<sup>32</sup>.

En lo que respecta a acciones ejercidas a nivel internacional, se destaca que en 2004 la OIT adoptó el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios*, documento que brindó una definición de violencia exclusiva para el sector de servicios<sup>33</sup>. Dicha definición sirvió como base para que en 2016 los expertos de la OIT sobre la violencia contra las

28 Andrea Mac Donald. El mobbing o acoso moral en el derecho laboral. *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2008), consultado el 25 de marzo de 2021, [http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf080081-mac\\_donald-mobbing\\_acoso\\_moral\\_en.htm#:~:text=En%20Argentina%2C%20el%20mobbing%20o,hace%20lugar%20a%20la%20figura](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf080081-mac_donald-mobbing_acoso_moral_en.htm#:~:text=En%20Argentina%2C%20el%20mobbing%20o,hace%20lugar%20a%20la%20figura).

29 Fernando Motta. El acoso laboral en Colombia. *Vía Juris*, 4: (2008). pp. 93-105, <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002006.pdf>.

30 *Ibidem*.

31 CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 331.

32 Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral. Registro Oficial Suplemento 116, 9 de noviembre de 2017: arts. 1 y 4.

33 *Supra* 9.

mujeres y hombres en el mundo del trabajo concibieran a la violencia y al acoso como un rubro indivisible, entendiéndolos como “un continuo de comportamientos y prácticas inaceptables que probablemente se traduzcan en sufrimiento o daños físicos, psicológicos o sexuales”<sup>34</sup>. Así también, en el Informe *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, suscrito en 2018, se recogieron datos de la legislación de 60 países<sup>35</sup>; de estos, 6% reconoce únicamente la existencia del acoso y violencia física en el mundo del trabajo, mientras que un 67% emplea términos que hacen referencia a la violencia y acoso laboral tanto físico como psicológico, y 27% no tiene términos específicos para definir la problemática<sup>36</sup>.

Ahora bien, las estadísticas sobre tendencias de violencia y acoso en el mundo del trabajo son escasas debido a las distintas denominaciones de la problemática a nivel global. No obstante, ningún país puede afirmar con certeza que está completamente libre de cualquier forma de violencia y acoso laboral, pues como se mencionó previamente, éste es un fenómeno social

mundial que trasciende fronteras<sup>37</sup>. En este punto, es necesario resaltar que en varias normas internacionales del trabajo<sup>38</sup> formuladas por la OIT, se hace referencia a la importancia de la salud mental de los trabajadores, e incluso al respeto a su dignidad y honor; pero no es hasta 2019, con la adopción del C190, que la violencia y el acoso pasan a ser el tema central de un instrumento de derecho internacional, ratificado al momento únicamente por Uruguay, Fiji, Namibia, Somalia, Argentina y Ecuador<sup>39</sup>.

#### 4. Perspectivas de desarrollo normativo y política pública a partir del C190

En el dictamen 37-19-TI/20, la Corte analiza no solamente las definiciones y ámbito de aplicación del C190, sino también las obligaciones de acciones, políticas públicas y normativas emanadas de dicho convenio, y que tras su ratificación se han tornado obligatorias para el Estado ecuatoriano. La CCE consideró que tales medidas se ajustan plenamente a la CRE, guardando consonancia con varias disposiciones atinentes al principio de igualdad y no discriminación,

34 *Ibidem*.

35 De los 60 países: 22 son de Europa y Asia Central, 15 de África, 11 de América, 10 de Asia del Pacífico, y 2 árabes.

36 *Supra* 9.

37 OIT. *Entornos de trabajo seguros, saludables, libres de violencia y acoso*. 1era edición. Ginebra: OIT (2020), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_751837.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751837.pdf).

38 Ver Convenio 155 sobre la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo, la declaración de la OIT de 1998 sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre otros.

39 Ratificación del Convenio C190 – Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190), [https://www.ilo.org/dyn/hormlex/es/f?p=NOR\\_MLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:3999810](https://www.ilo.org/dyn/hormlex/es/f?p=NOR_MLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:3999810).

libertad de contratación colectiva, prohibición de precarización laboral, trabajo igualitario, entre otras. Además, la CCE toma en cuenta de manera explícita lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>40</sup> (en adelante, CIPSEVM).

Como lo recoge el propio dictamen, el art. 331 de la CRE proscribire toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, directa o indirecta, en contra de las mujeres en el trabajo. En este sentido, si bien el C190 se refiere a todo tipo de acoso en contra de cualquier persona trabajadora, en su Preámbulo reconoce expresamente que la violencia y el acoso “pueden impedir que las personas, en particular las mujeres, accedan al mercado de trabajo, permanezcan en él o progresen profesionalmente”<sup>41</sup>.

La violencia contra la mujer en el ámbito laboral continúa siendo una de las principales problemáticas sociales en el Ecuador. Según las más recientes cifras del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2019), el 20% de mujeres en el Ecuador afirman haber sufrido violencia laboral a lo largo de su vida<sup>42</sup>; de ese porcentaje,

17% manifestó haber sufrido violencia sexual, 14% violencia psicológica, y 1% violencia física. Asimismo, en el ámbito laboral, 88% de las víctimas de violencia física y 97% de víctimas de violencia sexual y psicológica no denunciaron a sus agresores.

De conformidad con el art. 12 del C190, el mecanismo preferente para la aplicación de sus disposiciones es la legislación nacional, sin perjuicio de emplear otras vías como convenios colectivos o políticas públicas. En este sentido, el art. 66.3.b) de la CRE establece como obligación del Estado, a fin de garantizar el derecho a la integridad personal, adoptar medidas necesarias “para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres”<sup>43</sup>, entre otros grupos de atención prioritaria. Al respecto, se debe recordar que en su Título III la CRE regula las “garantías constitucionales”, que no se limitan a las de carácter jurisdiccional sino también y primigeniamente a las de naturaleza normativa (art. 84) y de política pública (art. 85).

En lo que respecta a las garantías normativas, el art. 84 de la CRE prescribe que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad

40 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Registro Oficial Suplemento 153, 25 de noviembre de 2005.

41 C190. 21 de junio de 2019, Preámbulo, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190).

42 Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra la Mujer, Boletín: (Noviembre 2019), pp. 8-10, [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Sociales/Violencia\\_de\\_genero\\_2019/Boletin\\_Tecnico\\_ENVIGMU.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Boletin_Tecnico_ENVIGMU.pdf).

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

normativa tienen la “obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales”<sup>44</sup>. Como normativa general sobre la materia, hay que remitirse en primer lugar al Código del Trabajo, que en el año 2017 fue reformado específicamente para incluir una serie de disposiciones orientadas a prevenir y sancionar el acoso laboral, incluyendo una definición expresa de este comportamiento, como se recogió en la segunda sección de este artículo.

Entre las múltiples normas sobre esta materia, el art. 42.36 de dicho Código establece, como obligación de las y los empleadores, “implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades de acoso laboral, para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, intimidación y perturbación”<sup>45</sup>. Igualmente, al tenor del art. 44.m) del mismo cuerpo legal, se prohíbe a las y los empleadores el cometimiento de actos de acoso laboral, o la autorización de los mismos por acción u omisión; similar prohibición se contempla para las y los trabajadores en el art. 46.j). Asimismo, conforme a los arts. 172 y 173, el acoso laboral es causal de visto bueno, tanto a favor de las y los empleadores como de las y los trabajadores.

44 *Ibidem*.

45 Código del Trabajo. Codificación 2005-017. Registro Oficial Suplemento 167, 16 de julio de 2005.

46 Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Registro Oficial S. 175, 5 de febrero de 2018.

En lo concerniente a la violencia contra la mujer, en materia legislativa el punto de referencia ineludible es la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Este cuerpo legal, entre su amplio catálogo de medidas y lineamientos institucionales, contiene también directrices específicas para el ente rector en materia laboral; concretamente, el art. 28 de la citada ley determina la aplicación de este tipo de medidas<sup>46</sup>:

- Política pública de trabajo con enfoque de género, que incluya la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.
- Normativa secundaria para sancionar administrativamente la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, en los sectores público y privado.
- Programas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, en los sectores público, privado y gremial.
- Medidas para evitar la discriminación en la selección, permanencia, remuneración y ascenso laboral de las mujeres.
- Políticas y programas específicos para la incorporación de las mujeres víctimas de violencia al pleno empleo.
- Programas de sensibilización y formación en materia de derechos humanos y enfoque de género dirigido a los sectores público y privado.
- Permisos y licencias laborales con remuneración a las mujeres víctimas

de violencia, motivadas por los procedimientos judiciales que siguieran por tal motivo.

- Implementación de acciones que permitan regular y equiparar los tiempos de cuidado entre hombres y mujeres.
- Fortalecimiento a inspectoras e inspectores del trabajo en la detección y remisión de los casos de violencia contra las mujeres.
- Medidas administrativas de protección establecidas en dicha ley, dictadas por la autoridad competente.
- Vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente relacionada con el ejercicio de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral.
- Protocolos institucionales para promover denuncias de violencia, acoso laboral y sexual, en el ámbito laboral en contra de las mujeres.

Como se puede observar, en lo que concierne al ámbito laboral la referida ley se centra fundamentalmente en erigir lineamientos de política pública. En este sentido, resulta de particular relevancia el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-244, de 25 de noviembre de 2020, por medio del cual el Ministerio del Trabajo expidió el *Protocolo de prevención y atención de casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de Violencia contra la mujer en los espacios de trabajo*<sup>47</sup>. El art. 2 de este Protocolo determina que su ámbito de aplicación abarca tanto al sector público, conforme a lo dispuesto

en el art. 225 de la CRE, como al sector privado y las y los empleadores y trabajadores sujetos al régimen del Código del Trabajo.

El protocolo en referencia contempla una serie de lineamientos y medidas orientadas a prevenir, erradicar y sancionar todo tipo de violencia en el ámbito laboral, incluyendo el acoso. Se debe relieves que en su mayor parte el protocolo se enfoca en establecer y regular un procedimiento administrativo para la denuncia de los casos de discriminación, acoso laboral y toda forma de violencia contra la mujer en los espacios de trabajo, tanto en el sector público como privado.

Con la ratificación del C190 se ha incorporado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una serie de obligaciones, en materia legislativa y de política pública, relacionadas con la necesidad de prevenir, erradicar y sancionar el acoso laboral. Este cometido tiene particular relevancia con respecto a las mujeres, tal y como lo enfatiza el propio Convenio y el dictamen de constitucionalidad de la CCE. En tal virtud, el Estado ecuatoriano ha asumido el compromiso de desarrollar medidas orientadas hacia esos fines, lo que implica profundizar aún más los contenidos concretados y avanzados en materia normativa y programática que han sido detallados en esta sección.

<sup>47</sup> Protocolo de prevención y atención de casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de violencia contra la mujer en espacios de trabajo. Registro Oficial 355, 22 de diciembre de 2020.

## 5. Conclusiones

La ratificación del C190 ha puesto nuevamente de relieve la necesidad irrestricta de combatir la violencia contra la mujer en todos los ámbitos, particularmente, en el ámbito laboral. Si bien el objeto del Convenio abarca a todas las personas, desde su Preámbulo se destaca la especial importancia brindada a la protección de las mujeres trabajadoras. Este aspecto ha sido también explícitamente recogido en el Dictamen 37-19-TI/20, en el cual además de aludir a las normas pertinentes de la CRE, se hace expresa referencia a la CIPSEVM. Como se ha examinado a lo largo de este artículo, el afán de erradicar la violencia contra la mujer tiene un alcance mundial y se verifica por la continua aprobación de normas y compromisos internacionales por parte de los diferentes Estados, a partir de la constatación de una realidad social problemática y que requiere atención.

En el referido Dictamen 37-19-TI/20, la CCE también ha precisado y efectuado un repaso del procedimiento de ratificación y control constitucional de un instrumento internacional. En este sentido, se destaca la fase de impugnación ciudadana

instrumentalizada con la publicación del texto íntegro del tratado suscrito en el Registro Oficial, “a fin de que en el término de 10 días... cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total”<sup>48</sup> del convenio. Este aspecto es quizás uno de los que menos atención ha recibido en torno al proceso de ratificación de un tratado internacional, y que puede ser considerado como un mecanismo de participación ciudadana directa en el control constitucional.

En definitiva, la refrendación constitucional del C190 y su posterior aprobación por parte de la Asamblea Nacional ha reflejado la especial significación que la CRE otorga, tanto a la ratificación de instrumentos internacionales en determinadas materias, como a la protección de los derechos de la mujer en el ámbito laboral. Como se enfatiza en el Dictamen, el Estado ecuatoriano ha asumido un nuevo compromiso a nivel convencional con el propósito de alcanzar dichos objetivos.

## 6. Bibliografía

### Doctrina

Chappel, Duncan y Vittorio Di Martin. *Violence at work*, 3era edición. Ginebra: OIT, 2006. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/publ/documents/publication/wcms\\_publ\\_9221108406\\_en.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf).

<sup>48</sup> CCE, *Dictamen 37-19-TI/20*, 4 de marzo de 2020, párr. 4.

- De Miguel Barrado, Vanessa y Jorge Prieto Ballester. «El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español». *Perspectivas* 38, n.º 119 (2016): 25-44. <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425948032003.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra la Mujer*. Ecuador: INEC Boletín, noviembre 2019). Acceso el 20 de mayo de 2021. [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Sociales/Violencia\\_de\\_genero\\_2019/Boletin\\_Tecnico\\_ENVIGMU.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Boletin_Tecnico_ENVIGMU.pdf).
- Mac Donald, Andrea Fabiana. «El mobbing o acoso moral en el derecho laboral». *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2008). [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080081-mac\\_donald-mobbing\\_acoso\\_moral\\_en.htm#](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080081-mac_donald-mobbing_acoso_moral_en.htm#).
- Motta, Fernando. «El acoso laboral en Colombia». *Via Iuris* 4 (2008): 93-105. <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002006.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. *El Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso entrará en vigor en junio de 2021*, 25 de junio de 2020. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_749161/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749161/lang--es/index.htm).
- *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. Informe V (1), reunión núm. 107 (2018). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_554100.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554100.pdf).
- *Entornos de trabajo seguros, saludables, libres de violencia y acoso*. 1era edición. Ginebra: OIT, 2020. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_751837.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751837.pdf).
- *La contribución del diálogo social a la igualdad de género. Global Deal Pacto Mundial juntos por el trabajo decente y el crecimiento inclusivo*. OIT, 2020. [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_679961/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_679961/lang--es/index.htm).
- *Prioridades regionales en América Latina y el Caribe*. Acceso el 20 de mayo de 2021. <https://www.ilo.org/americas/prioridades/lang--es/index.htm>.
- Rojo, José Vicente y Ana María Cervera. *Mobbing o acoso laboral*. Madrid: Tébar, 2005.
- Salazar Marín, Daniela. «La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos». *Iuris Dictio* 15 (17) (2016): 75-118. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/739/808>.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Trujillo Mara, María Valderrabano y René Hernández. «Mobbing: historia, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas». *Innovar* 29 (2007): 71-99. <https://www.redalyc.org/pdf/818/81802905.pdf>.

## Normativa

C190 – Convenio sobre la violencia y el acoso (21 de junio de 2019). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190).

C155 – Convenio sobre la seguridad y la salud de los trabajadores (22 de junio de 1981). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155).

Código del Trabajo. Codificación 2005-017

(Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de julio de 2005).

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005).

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (18 de junio de 1998). <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Registro Oficial Segundo Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009).

Ley Orgánica de la Función Legislativa (Registro Oficial Suplemento 642 de 27 de julio de 2009).

Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Registro Oficial Suplemento 175 de 5 de febrero de 2018).

Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral (Registro Oficial Suplemento 116 de 9 de noviembre de 2017).

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015).

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen 37-19-TI/20*, 8 de enero de 2020.

— *Dictamen 37-19-TI/20*, 4 de marzo de 2020.

# La despenalización del aborto en casos de violación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador

**Por:** Byron Villagómez Moncayo,

Gandhi Vela Vargas<sup>1</sup>,

Miguel Molina Díaz<sup>2</sup>,

Rubén Calle Idrovo

Valeria Garrido Salas

## Resumen

En este artículo se analiza la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, fallo histórico mediante el cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de fondo de la parte pertinente del art. 150.2 del COIPy, en consecuencia, despenalizó el aborto consentido en casos de violación. Para el efecto, se abordan temas como la libertad de configuración legislativa en materia penal y los derechos de las mujeres relativos a la libertad sexual, integridad personal, derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, se examina la ponderación de derechos

constitucionales realizada por la Corte, el derecho a la igualdad y no discriminación en el aborto en caso de violación a mujeres con discapacidad mental, y los parámetros y efectos que la sentencia produce.

## Palabras clave

Aborto, violación, derechos de las mujeres, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la igualdad y no discriminación, acción de inconstitucionalidad

---

1 Doctorando y Legum Master (LL.M.) por la Freie Universität Berlin, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue docente de la Freie Universität Berlin y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Autor y editor de varios textos académicos. Actualmente es Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

2 Master of Fine Arts en Escritura Creativa en Español en la Universidad de Nueva York. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Ha publicado libros (poesía y no ficción), 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.

## 1. Introducción

El 28 de abril de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, fallo histórico que analizó la constitucionalidad del art. 150.2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP)<sup>3</sup> relativo a la penalización del aborto consentido por mujeres víctimas de violación; mediante esta resolución, la Corte declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental”, contenida en dicha norma. Adicionalmente, la CCE dispuso que, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la sentencia, el Defensor del Pueblo deberá presentar un proyecto de ley para regular la interrupción consentida del aborto en casos de violación. De manera que, la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de seis meses a partir de la presentación de dicho proyecto de ley, deberá conocerlo y aprobarlo teniendo en cuenta los más altos estándares de deliberación democrática.

La sentencia en comento acumuló siete casos<sup>4</sup> de demandas

presentadas entre 2019 y 2021 por varias mujeres, representantes de movimientos de mujeres y organizaciones de derechos humanos<sup>5</sup>, incoando sendas acciones de inconstitucionalidad en contra de los arts. 149 y 150 del COIP. Debido a la complejidad e importancia del tema abordado en la sentencia, se presentaron múltiples *amici curiae*, a favor y en contra de las normas impugnadas, motivo por el cual la Corte priorizó la resolución de estas causas y se nutrió de los principales argumentos jurídicos y sociales que le permitieron desarrollar su análisis constitucional.

Tras reconocer la libertad de configuración legislativa de la Asamblea Nacional, la CCE hizo énfasis en que ésta no es absoluta, pues “debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE [Constitución de la República del Ecuador] y en respeto a los derechos constitucionales de las personas”<sup>6</sup>. Asimismo, la Corte recordó que el Estado es garante de derechos y condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad humana, por lo que su poder punitivo debe ser racional y

<sup>3</sup> COIP. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

<sup>4</sup> Los casos son: 34-19-IN, 105-20-IN, 109-20-IN, 115-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN y 27-21-AN.

<sup>5</sup> Las accionantes incluyeron a: Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Fundación Desafío, Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, SURKUNA, Amazon Frontlines, Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, Movimiento de Mujeres del Oro, Fundación Lunita Lunera, Organización Mujeres por el Cambio, Fundación Kintiñan, Cabildo de las Mujeres del cantón Cuenca, BOLENA Género y Diversidades, coordinaciones y direcciones de la Defensoría del Pueblo, Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer, Observatorio de Derechos y Justicia, Red de Mujeres Constitucionalistas del Ecuador y 7 mujeres por sus propios derechos.

<sup>6</sup> CCE. *Sentencia 34-19-IN/21*, 28 de abril de 2021, párr. 104.

proporcional<sup>7</sup>. Posteriormente, la Corte identificó y resolvió tres problemas jurídicos que llevaron a la conclusión de que la maternidad forzada de las víctimas de violación atenta contra su integridad en las cuatro dimensiones reconocidas en la CRE. De la misma forma, les provoca daños permanentes en su salud mental, lo que incluso puede desencadenar en suicidio, motivos por los cuales anula el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres gestantes<sup>8</sup>.

El presente artículo analizará la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, decisión que declaró la inconstitucionalidad de la frase antes mencionada del art. 150.2 del COIP y, en consecuencia, despenalizó el aborto consentido en casos de violación. Para ello, en primer lugar, el estudio se enfocará en la libertad de configuración legislativa en materia penal. Seguidamente, se abordarán los derechos de las mujeres relativos a la libertad sexual, integridad personal, derechos sexuales y reproductivos. En el tercer apartado, se examinará la ponderación de derechos constitucionales efectuada por la CCE sobre los aspectos principales materia de la sentencia en referencia. A continuación, se

analizará el derecho a la igualdad y no discriminación respecto a la exclusión de la penalización del aborto en caso de violación a mujeres con discapacidad mental. Para finalizar, se explicarán los efectos de la acción por inconstitucionalidad y los parámetros para la regulación del aborto en casos de violación, y se presentarán las conclusiones generales del artículo.

## **2. Libertad de configuración legislativa en materia penal**

El Legislativo es el poder del Estado en el que reside la potestad de hacer y reformar leyes<sup>9</sup>. En el Ecuador, esta función recae sobre la Asamblea Nacional, órgano unicameral entre cuyas atribuciones constitucionales se encuentra, de modo principal, la de “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”<sup>10</sup>. La Asamblea Nacional del Ecuador es el órgano representativo y legitimado democráticamente en el que se delibera y obtiene consenso entre los distintos representantes de la sociedad acerca de los temas trascendentales del país<sup>11</sup>. La representación política en la Asamblea se da a través de elecciones, es por eso que sus representantes tienen distintas tendencias y posiciones

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 105-109.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 135-138.

<sup>9</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [12 de mayo de 2021], «poder legislativo».

<sup>10</sup> CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120.6.

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 118.

políticas que lo configuran como un órgano colegiado que personifica a la sociedad. El procedimiento legislativo está precisamente orientado a obtener esos acuerdos para la aprobación de las leyes.

En tiempos pasados, el Estado Liberal concebía al Legislativo como el instrumento idóneo en pro de la libertad de las personas<sup>12</sup>, por lo que no admitía límites a su discrecionalidad para producir leyes. Esta forma de Estado entendía al poder legislativo de los Parlamentos, dentro de sus principios dogmáticos, como absoluto y discrecional, lo que se puede constatar en los trabajos de Blackstone<sup>13</sup> y Locke<sup>14</sup>; y así fue plasmado en el pensamiento revolucionario francés de fines del siglo XVIII<sup>15</sup>. Esta concepción se mantuvo hasta mediados del Siglo XX, momento en el cual el poder legislativo dejó de considerarse absoluto, al asumirse que la libertad legislativa tiene como límite los derechos fundamentales. En tal virtud, la Constitución se erigió como el marco que limita y a su vez ordena al mismo poder legislativo. Es por esta cortapisa instituida por los derechos

constitucionales que se relativiza la discrecionalidad clásica atribuida al legislador.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht –BVerfG-) fue pionero en esta materia, ya que, a través del control de constitucionalidad, sustituyó la discrecionalidad del legislador por la libertad de configuración legislativa (“*gesetzgeberische Freiheit*”)<sup>16</sup>. Esto fue resuelto en el caso BvR 205/58 y otros, que llegó a dicha Corte por la interposición de acciones de queja constitucional (“*Verfassungsbeschwerde*”), y en cuya decisión declaró inconstitucional<sup>17</sup> una norma legal emitida por el Parlamento alemán e impugnada por vulnerar el derecho de igualdad y el requisito de igualdad de trato contenidos en el art. 3 de la Ley Fundamental (en adelante, GG)<sup>18</sup>.

Es así que, con esta sentencia, el citado Tribunal plasmó la libertad de configuración legislativa, mostrando que el Legislativo tiene limitaciones y que una norma legal puede ser inconstitucional aun

12 Francisco Fernández Segado, Francisco, *La Evolución de la Justicia Constitucional* (Madrid: Dykinson, 2013), 1020.

13 Sir William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 8<sup>th</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1778)

14 John Locke, *Second Treatise on Civil Government* (Cambridge: 1763).

15 Fernández Segado, *La Evolución...*, 1017 y ss.

16 BVerfG, BvR 205/58, BvR 332/58, BvR 333/58, BvR 367/58, BvL 27/58 y BvL 100/58. Casos acumulados en la resolución del Tribunal Constitucional Federal Alemán, resuelto en sentencia de 29 de julio de 1959, párr. 61 y 86. Esto se dio dentro de un caso de patria potestad que no daba igual tratamiento a padre y madre frente al niño; y el BVerfG determinó que la ley era inconstitucional por no contemplar el derecho a la igualdad, a pesar de que la norma impugnada era válida por haberse aprobado conforme al proceso legislativo adecuado para su sanción, notando que los límites del legislador están en los derechos fundamentales contenidos en el catálogo de derechos del GG.

17 El término alemán para denominar la inconstitucionalidad es el de “*Verfassungswidrigkeit*”, en contraposición al “*Verfassungsmässigkeit*” que significa “*acorde a la Constitución*”, acuñado por Hans Kelsen.

18 GG. Bundesgesetzblatt 1, 8 de mayo de 1949.

cuando ha sido aprobada a través del procedimiento legislativo adecuado. Asimismo, se constató que las cortes y tribunales constitucionales también están llamados a controlar la constitucionalidad de las omisiones legislativas<sup>19</sup>, desde que el Legislativo está sometido a la Constitución.

Una de las materias cruciales en la actividad legislativa es la penal. Al respecto, se debe tener en cuenta la especial relevancia del principio de legalidad en esta rama del Derecho<sup>20</sup>, según el cual la tipificación de infracciones y fijación de penas tiene reserva de ley. Conforme a la ya clásica fórmula desarrollada por el Tribunal Constitucional de España, y que ha sido también recogida por la CCE en la sentencia materia del presente artículo<sup>21</sup>, el legislador tiene potestad exclusiva “para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”<sup>22</sup>. Como se señala en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados:

La CRE, en su artículo 132 numeral 2, establece que ‘tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes’ es parte de las materias reservadas al legislador orgánico. En concordancia, el artículo 76 numeral 3 consagra como garantía del debido proceso que ‘nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)’<sup>23</sup>.

De esto se desprende que la reserva de ley en materia penal corresponde a la legislación de carácter orgánico. De hecho, incluso hay autores que plantean la necesidad de una *reserva de código*, en el sentido de que todas las infracciones penales deberían encontrarse tipificadas dentro de un solo cuerpo normativo o código<sup>24</sup>. Por otro lado, la CCE vinculó la reserva de ley con el principio de legalidad, previsto en el art. 76.3 de la CRE, que determina que no hay delito ni pena sin ley previa. Al respecto, son ilustrativas las explicaciones del reconocido profesor alemán Claus Roxín, quien sostiene lo siguiente:

[U]n Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una

19 Vid. Fernández Segado, *La Evolución...*, 1062-1070; y específicamente sobre el Tribunal Alemán, 1075-1117.

20 Vid. Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 3ra. Ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 744-746.

21 CCE. *Sentencia 34-19-IN/21*, 28 de abril de 2021, párr. 98. Véase también: *Sentencia 6-17-CN/19*, 18 de junio de 2019, párr. 2; *Sentencia 5-13-IN/19*, 2 de julio de 2019, párr. 69.

22 Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 55/1996*, 28 de marzo de 1996, FJ 5.

23 CCE. *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 99.

24 Oyarte, *Derecho Constitucional...*, 754.

intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'<sup>25</sup>.

Para el efecto, el citado tratadista afirma que se encuentran consagrados los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que “pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras”<sup>26</sup>; y junto a ellos, se erige igualmente el principio de legalidad, cuyo objeto consiste en “evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”<sup>27</sup>.

En el Ecuador, de conformidad con la CRE, el legislador goza de libertad de configuración legislativa para la formulación de reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos dentro de la legalidad y la constitucionalidad<sup>28</sup>. Esto significa que dicha libertad no es ilimitada y se encuentra sujeta a las restricciones previstas por la propia CRE, sin que, por lo tanto, tales potestades legislativas transgredan el marco constitucional o vulneren derechos y garantías constitucionales. Parte de estas limitaciones se pueden encontrar en los arts. 11.3, 11.4 y 84 de la CRE, estableciendo esta última la obligación de que el legislador adecue las leyes a

lo determinado en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En esta línea de razonamiento, la CCE en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados citó un criterio relevante de la Corte Constitucional de Colombia, expresado en los siguientes términos:

[L]a libertad de configuración del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia Constitución, de tal forma que no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles... tales límites están definidos por los demás principios constitucionales... los cuales deben ser considerados por el Congreso [Asamblea Nacional] al momento de adelantar el ejercicio de sus funciones legislativa<sup>29</sup>.

Queda claro, pues, que la libertad legislativa es limitada y que, por ende, debe ejercerse dentro del marco de los principios, valores y garantías que establece la CRE, siempre velando por el respeto a los derechos de las personas. En consecuencia, es incompatible con la Constitución que el legislador vacíe de contenido los derechos so pretexto de su libertad legislativa<sup>30</sup>. En este sentido, es pertinente citar nuevamente a la Corte Constitucional de Colombia, que, sobre los límites de la libertad de configuración en materia penal, ha determinado lo siguiente:

25 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. (Madrid: Civitas, 1997), 137.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 98; la Corte afirma en nota a pie de página de dicho párrafo que, “Incluso existen preceptos constitucionales que dirigen una orden expresa de desarrollo legislativo para que asuntos en específico se regulen por la ley”.

29 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-828/2002*, 8 de octubre de 2002, párr. 10.

30 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 104. Véase también: CCE, *Sentencia 5-13-IN/19*, 2 de julio de 2019, párr. 69-70; Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-420/02*, 28 de mayo de 2022.

El legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir las conductas punibles y establecer los procedimientos mediante los cuales tiene lugar su investigación y juzgamiento... ya que –en ejercicio de dicha facultad- debe respetar los valores, principios y derechos constitucionales que aparecen como fundamento y límite del poder punitivo del Estado<sup>31</sup>.

Entonces, queda claro que el legislador debe enmarcar su actuación dentro de los valores y principios constitucionales. Precizando aún más, la CCE se refirió específicamente a la dignidad humana<sup>32</sup> como uno de los principales límites a la libertad de configuración legislativa y su ejercicio, particularmente en materia penal. Acorde a esto, la Corte determinó que: “el ius puniendi únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal<sup>33</sup>”.

Por lo antes mencionado, el legislador, en el procedimiento de creación de una ley penal, especialmente en su debate y aprobación, debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Dentro de la proporcionalidad debe considerar el principio de mínima intervención penal<sup>34</sup>, debido a que la

sanción penal es la máxima restricción estatal a la libertad y dignidad humana; por ello, “debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible”<sup>35</sup>. La CCE también citó al Tribunal Constitucional de España respecto a que la proporcionalidad debe ser igualmente analizada al momento de despenalizar una conducta, en estos términos:

[L]as leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima restricción –la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos<sup>36</sup>.

Por lo tanto, es el legislador quien debe aplicar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad al configurar las normas en el ámbito penal, con el fin de evaluar si el texto sometido a aprobación legislativa está acorde con la protección y garantía de los derechos constitucionales. Finalmente, la Corte advirtió categóricamente que en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados no se discutió

31 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-248/04*, 16 de marzo de 2004, párr. 4.

32 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 105. *Vid.* CRE. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Preámbulo y art. 11.7

33 *Ibidem*.

34 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195.

35 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-355-06*, 10 de mayo de 2006

36 Tribunal Constitucional de España, *Sentencia 53/1985*, 11 de abril de 1985, FJ 9.

la constitucionalidad del aborto consentido y lo explicó de la siguiente forma:

[L]a presente causa no radica en determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido en el Ecuador, sino por el contrario en si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente penalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>37</sup>.

En consecuencia, se concluye claramente que la sentencia en comento no resolvió la validez constitucional del aborto consentido, sino que analizó la proporcionalidad y razonabilidad de la penalización de las mujeres víctimas de violación que interrumpen su embarazo.

### 3. La protección de los derechos sexuales y reproductivos con enfoque de género:

Como se ha mencionado en artículos previos<sup>38</sup>, los derechos humanos comprenden un conjunto de exigencias de dignidad, libertad e igualdad humana<sup>39</sup> frente a potenciales abusos de poder. Dentro de las

problemáticas más complejas que afronta la humanidad, se encuentran las diversas formas de discriminación y violencia en contra de las mujeres; motivo por el cual la comunidad internacional ha reafirmado que “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”<sup>40</sup>. Este reconocimiento, realizado en 1993, fue un hito que marcó el inicio de avances, tanto institucionales como normativos, en el desarrollo de derechos de niñas y mujeres a nivel mundial.

En lo que respecta al reconocimiento formal de los derechos reproductivos, se debe hacer referencia a la adopción del *Programa de Acción de El Cairo*, donde se estableció que:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir si hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia<sup>41</sup>.

37 CCE. *Sentencia 34-19-IN/21*, de 28 de abril de 2021, párr. 110

38 *Vid. 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* (Boletín Jurisprudencial de diciembre 2020); y *Hábeas corpus y protección de derechos de personas privadas de libertad en un contexto de vulneración estructural en el sistema nacional de rehabilitación social* (Boletín Jurisprudencial de mayo 2021).

39 Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. (Madrid: Tecnos, 1990), 48; citado por Violeto Bermúdez Valdívía, «La violencia contra la mujer y los derechos reproductivos», *Derecho PUCP* 7, n.º 61 (2008): 82, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.004>.

40 *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 25 de junio de 1993, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, párr. 18, [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

41 *Programa de Acción de El Cairo*, 13 de septiembre de 1994, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 7.2, [https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD\\_programme\\_of\\_action\\_es.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf)

Mientras que, en la *Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer*, se profundizó respecto a los derechos sexuales de las mujeres, señalando que:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual<sup>42</sup>.

De manera que, la interpretación normativa del Sistema Universal de Derechos Humanos (SIDH, en adelante) ha reconocido progresivamente que los derechos, tanto reproductivos como sexuales<sup>43</sup>, son parte integral de los derechos humanos; y enfatiza en que éstos están interrelacionados con los derechos a la libertad, a la igualdad y a la integridad de las personas que realizan actividades o tienen comportamientos sexuales bajo su consentimiento y responsabilidad<sup>44</sup>.

Ahora bien, la violencia contra la mujer es, sin duda alguna, un obstáculo para el disfrute efectivo de los derechos sexuales y reproductivos. El seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), ha indicado que la violencia contra la mujer involucra:

(...) todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada<sup>45</sup>.

Por otro lado, a nivel regional, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* define a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>46</sup>. Es así que, los actos violentos contra la mujer tienen origen tanto en sus características físicas y biológicas, su sexo; como por las expectativas, construcciones y

42 *Declaración y Plataforma de Acción Beijing*, septiembre 1995, Conferencia Mundial sobre la Mujer, párr.96, [https://beijing20.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf#page=160](https://beijing20.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=160).

43 La abogada, politóloga y feminista, Line Bareiro, profundiza en el bien protegido de los derechos reproductivos y derechos sexuales, para diferenciarlos. En el caso de los derechos reproductivos, explica que el bien protegido es la libertad personal de decidir sobre el número y espaciamiento de hijos e hijas, mientras que en los derechos sexuales el bien protegido es la libertad sexual, decidir sobre el ejercicio de su sexualidad. *Vid.* Line Bareiro, «Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales», en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003), 119-133 [Acceso: 12 de mayo de 2021], <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>.

44 Alda Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008), 24-28 [Acceso: 12 de mayo de 2021], <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>.

45 Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 85ª sesión plenaria (20 de diciembre de 1993) [Acceso: 12 de mayo de 2021], <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>.

46 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Registro Oficial 153, 25 de noviembre de 2005: art. 1.

prescripciones que la sociedad asigna al significado de ser mujer, es decir, su género<sup>47</sup>.

Pese a su reconocimiento normativo, el goce de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres se dificulta debido a que los patrones culturales y sociales repercuten directamente en el acceso a los mismos. El reflejo de valores e ideologías sobre la sexualidad perpetúan estereotipos sobre lo que es normal y aceptable y lo que se rechaza<sup>48</sup>. De ahí que se normalice la objetivación del cuerpo de la mujer, manifestándose como “normal” el acoso o abuso sexual debido a la idea de subordinación y control que la sociedad patriarcal tiene sobre el rol que cumplen las mujeres.

Por este motivo, cuando se aborda la problemática de la violencia contra la mujer, se debe reconocer la persistencia de una vulneración a sus derechos a la libertad, seguridad e integridad personal (física, psicológica, moral y sexual) y a su libertad sexual<sup>49</sup>. En este punto, es importante destacar que la sexualidad conforma un aspecto

central del ser humano, presente a lo largo de toda su vida<sup>50</sup>. Por lo que, el derecho a ejercer la sexualidad, la salud sexual y reproductiva de forma libre, responsable, sin coacción, discriminación, ni violencia, es inherente a todas las personas dentro de su entorno, como seres sexuados y titulares de derechos sexuales y reproductivos<sup>51</sup>.

Específicamente en el ámbito de la salud, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) ha precisado que la violencia contra la mujer no sólo constituye una grave vulneración a los derechos humanos de las mujeres, sino que también representa un grave problema para la salud pública<sup>52</sup>. Según sus estimaciones, obtenidas a través de datos recogidos por la ONU en 161 países entre los años 2000 y 2018, una de cada tres mujeres en el mundo (30%) ha sido víctima de violencia física y/o sexual en algún momento de su vida y, en la mayoría de casos, el agresor es la pareja. Las consecuencias de la violencia contra la mujer tienen repercusiones en la salud física, mental, sexual y reproductiva de las víctimas, en el corto y largo plazo; entre

---

47 Luisa Kislinger y Magdymar León, *Manual de derechos sexuales y derechos reproductivos y violencias por razón de género contra las mujeres* (Madrid: AIDOS/MPDL, 2019), 10-11 [Acceso: 11 de mayo de 2021], <http://www.mpd.org/sites/default/files/manual-SRHR-GBV-espanol.pdf>.

48 Rachel Marcus y Caroline Harper. *Gender justice and social norms – Processes of change for adolescent girls: towards a conceptual framework 2*. (Londres: Overseas Development Institute, 2014); citado por Organización Mundial de la Salud, *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo* (Ginebra: OMS, 2018). Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO, 9, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>.

49 Violeta Bermúdez, «La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos», *Derecho PUCP*, n.º 61 (2008), 81-110, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.004>.

50 OMS, *La salud sexual...*, 3.

51 Kislinger y León, *Manual de derechos...*, 17.

52 OMS, *Violencia contra la mujer* [Acceso: 10 de mayo de 2021], <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>.

las más graves están: el homicidio o el suicidio, la producción de lesiones, los embarazos no deseados, los abortos provocados e involuntarios, los partos prematuros, problemas ginecológicos e infecciones de transmisión sexual, la depresión, el estrés postraumático y trastornos de ansiedad o alimenticios<sup>53</sup>.

Ventajosamente, existen propuestas que han demostrado que la prevención de la violencia contra las mujeres es posible y efectiva. Así, por ejemplo, el marco de prevención de la violencia contra la mujer de 2019, *RESPECT women*<sup>54</sup>, fue desarrollado por doce instituciones y cuenta con siete estrategias principales que derivan en múltiples intervenciones que deben ser acompañadas con legislación clara y políticas públicas con enfoque de derechos humanos y género; que promuevan el cuestionamiento de los estereotipos de género, las relaciones basadas en la igualdad y el consentimiento, y una educación participativa que aborde temas de sexualidad, relaciones de género y poder. Todo esto, con el fin de asegurar el disfrute pleno de los derechos a la libertad y salud sexual y reproductiva de las mujeres y efectivizar el cumplimiento de los derechos humanos

#### 4. Ponderación constitucional en la despenalización del aborto en caso de violación:

En la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, la CCE analizó si la sanción penal impuesta a las mujeres que interrumpen su embarazo producto de violación cuando no tienen una discapacidad mental, constituía una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguir un fin constitucionalmente legítimo. Para el efecto, previamente la Corte identificó los bienes jurídicos en tensión; esto es, la protección de la vida del *nasciturus*, por una parte, y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual, por otra. En este sentido, la CCE partió de la constatación jurídica de que tales derechos son jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes, conforme al art. 11.6 de la CRE.

En lo que concierne a la interpretación constitucional, el art. 427 de la CRE determina que las normas constitucionales deben interpretarse por el “tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”<sup>55</sup>; y que, en caso de duda, “en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Vid. OMS, *Respect women. Preventing violence against women* (Geneva: World Health Organization, 2019) (WHO/RHR/18.19) License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO [Acceso: 10 de mayo de 2021], <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/respect-women-preventing-violence-against-women-en.pdf?la=en&vs=5901>.

<sup>55</sup> CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

la voluntad del constituyente”<sup>56</sup>. A su vez, el art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) establece los métodos y reglas de interpretación constitucional, prescribiendo que su aplicación no es excluyente y que en un caso concreto pueden utilizarse uno o varios de ellos. En este sentido, tras prever como primera regla la de la norma jerárquicamente superior, la especial o la posterior, la citada disposición legal contempla los principios de proporcionalidad y ponderación, en virtud de los cuales:

Quando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional... Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>57</sup>.

Sobre la aplicación de estos principios, la CCE se ha pronunciado de este modo: “El test de proporcionalidad

tiene, pues, cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, c) necesidad, y d) la proporcionalidad propiamente dicha. La ausencia de uno de dichos elementos sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad”<sup>58</sup>.

Los principios o test de proporcionalidad y ponderación han sido ampliamente desarrollados y discutidos en la doctrina. Es así como el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido ha conceptualizado al principio de proporcional como “el límite de los límites de los derechos fundamentales”<sup>59</sup>, explicando esta formulación en los siguientes términos:

(...) según este principio, en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales<sup>60</sup>.

56 *Ibidem*.

57 LOGJCC, Registro Oficial Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

58 CCE, *Sentencia 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 88. Véase también: CCE, *Sentencia 002-16-SCN-CC*, 9 de marzo de 2016; *Sentencia 012-17-SIN-CC*, 10 de mayo de 2017.

59 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 81 y 82.

60 *Ibidem*.

La procedencia de este principio o método interpretativo presupone la existencia de una tensión entre derechos que se consideren jerárquicamente iguales, lo que es concordante con lo dispuesto en el antes mencionado art. 11.6 de la CRE. En este sentido, es ilustrativo el criterio del reconocido autor español Luis Prieto Sanchís, quien afirma que, “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso «subsumir», constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”<sup>61</sup>.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la aplicación de los principios de proporcionalidad y ponderación necesariamente implica en la práctica la precedencia, en el caso concreto, de un principio sobre otro. Esta solución práctica para el caso específico ha sido sintetizada a través de la noción de jerarquía axiológica o móvil, que la explica el mismo profesor Prieto Sanchís:

Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una «jerarquía móvil» o «axiológica», y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta

ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía<sup>62</sup>.

Estas formulaciones conceptuales parten de clasificar a las normas jurídicas en dos grandes categorías; en palabras de Alexy: “Toda norma es o bien una regla o un principio”<sup>63</sup>. De esto se deduce que, *prima facie*, los conflictos entre reglas se resuelven mediante la subsunción, mientras que las tensiones entre principios a través de la aplicación de un test de proporcionalidad. La cuestión esencial al momento de resolver un caso concreto estriba, pues, en determinar no solamente qué se entiende por regla y principio, sino en qué momento se está frente a un conflicto de una u otra naturaleza. El discernimiento en torno a esta disquisición es en la práctica la clave del proceso de interpretación constitucional, pues de ello depende el tono y contenido de la resolución.

En la jurisprudencia comparada, son relevantes y clarificadores los criterios de la Corte Constitucional de Colombia, que conceptualiza al test de proporcionalidad como, “un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que

61 Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 193.

62 Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional...*, 189 y 190.

63 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2003), 87.

se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”<sup>64</sup>. Agrega la Corte Colombiana que, tradicionalmente, “la jurisprudencia constitucional ha aplicado la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales”<sup>65</sup>. Profundizando en el alcance y sentido de este método, el citado organismo jurisdiccional ha sostenido lo siguiente:

El principio de proporcionalidad, entendido como un derrotero que busca poner en relación de equilibrio dos o más institutos jurídicos que han entrado en contradicción, ha sido objeto de numerosos desarrollos tanto en la jurisprudencia nacional, como en la doctrina internacional y actualmente se instituye en una barrera a la imposición de limitantes a los derechos fundamentales y en una garantía de su efectividad. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la proporcionalidad... encuentra sustento como principio de interpretación constitucional en su función como el ‘*marco del estado de derecho*’ que busca asegurar que el poder público actúe dentro de sus competencias y sin excederse en el ejercicio de sus funciones. También, ha indicado que la proporcionalidad como juicio rector de las actuaciones públicas permite establecer, en materia de control jurisdiccional de constitucionalidad, cuándo una determinada norma genera una afectación *ius fundamental* que resulta excesiva para el beneficio que reporta<sup>66</sup>.

Como se señaló *ut supra*, en el caso de la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, el análisis de la Corte se centró sobre la denominada libertad

de configuración legislativa en materia penal y no sobre la constitucionalidad del aborto consentido en el Ecuador<sup>67</sup>. Esto implica que el examen fue enteramente de índole constitucional, en el sentido de que no se discernió en realidad si una norma legal se ajustaba o no a la CRE, sino si la Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, transgredió los límites impuestos por la misma CRE al momento de tipificar como delito el aborto en los casos de violación cuando no se trate de una mujer con discapacidad mental.

Concebido de esta manera el control constitucional en este caso concreto, el escrutinio efectuado por la Corte ineludiblemente partió de resolver -como se señaló al inicio de esta sección- una tensión entre principios/derechos constitucionales. Para el efecto, la CCE consideró, en primer lugar, que el propósito de la tipificación del delito de aborto consentido es evitar que las mujeres lo practiquen y, con ello, proteger al *nasciturus*; dicha medida tendría, por tanto, una finalidad constitucionalmente válida. Sin embargo, la Corte señaló que esta constatación no es suficiente, ya que “deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva cómo, para este caso, el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo

64 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-835/13*, 20 de noviembre de 2013, párr. 6.4.

65 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-027/18*, 12 de febrero de 2018, párr. 108.

66 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-144/15*, 6 de abril de 2015, párr. 4.

67 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 110.

al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales”<sup>68</sup>. Por ello, la CCE prosiguió el análisis con el test de proporcionalidad.

En lo concerniente a la idoneidad de la medida, la Corte aseveró que no evidenció que la imposición de una sanción penal evitara que las mujeres violadas incurrieran en la conducta que se pretendía impedir<sup>69</sup>. De hecho, la CCE advirtió que “la medida promueve que la conducta se realice por parte de muchas mujeres en la clandestinidad y con procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida. Además, impide que ante situaciones de emergencia acudan a hospitales o centros de salud por temor a ser denunciadas”<sup>70</sup>. Para sustentar este argumento, la Corte citó una serie de datos estadísticos que confirmaron la prevalencia del aborto en condiciones inseguras e insalubres, que incluso ponen en riesgo la vida de las mujeres. Por tales motivos, la CCE determinó que la penalización del aborto en casos de violación es “una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales”<sup>71</sup>.

A continuación, la Corte examinó si la criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa

de libertad era la única medida para proteger efectivamente la vida del no nacido, partiendo de la base de que el art. 45 de la CRE no establecía la obligación de tipificar penalmente estos casos. Con estas premisas, la CCE manifestó que para concretizar la protección constitucional del *nasciturus* pueden existir otras medidas más idóneas y que no lesionen otros derechos y valores constitucionales. Así, la Corte aludió a “un adecuado diseño de políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacional que, en determinadas circunstancias, podrían proteger de mejor forma el fin que persigue el legislador con la configuración actual del tipo penal en cuestión”<sup>72</sup>.

En esta línea de razonamiento, la CCE enfatizó, que, de acuerdo con la CRE, el derecho penal se debe guiar por el principio de mínima intervención en el sentido de que la “coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio”<sup>73</sup>. Para sustentar estos argumentos, la Corte hizo referencia a su propia jurisprudencia, en la que ha sostenido que la intervención del Estado a través del poder punitivo debe ser una medida excepcional, “escogida

68 *Ibid.*, párr. 141.

69 *Ibid.*, párr. 143.

70 *Ibidem.*

71 *Ibid.*, párr. 145.

72 *Ibid.*, párr. 147.

73 *Ibid.*, párr. 149.

solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto”<sup>74</sup>. Además, la CCE citó criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)<sup>75</sup> y de la Corte Constitucional de Colombia<sup>76</sup>.

Efectivamente, el art. 195 de la CRE consagra el principio de mínima intervención penal en el ejercicio de la acción penal pública, y el art. 76.6 del mismo cuerpo constitucional determina que debe haber proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. En la doctrina, el principio del Derecho Penal como *ultima ratio* ha sido ampliamente desarrollado, concebido de esta manera:

La protección de los bienes jurídicos no se realiza sólo por medio del Derecho penal, sino que la intervención punitiva constituye un medio de protección subsidiario cuando se ha demostrado la ineficacia de otros sectores del ordenamiento jurídico (la acción civil, sanciones administrativas, etc.) para la solución judicial del problema. Por tanto, la pena es la «*ultima ratio* de la política social», y el Derecho penal sólo protege parte de los bienes jurídicos, y en ocasiones, incluso los bienes protegidos sólo lo son frente a determinadas modalidades de ataque, por lo que se habla de la naturaleza «fragmentaria» del Derecho penal<sup>77</sup>.

La sanción penal en general es el medio de coerción más severo que posee el Estado, por lo que su aplicación debe estar suficientemente justificada y sometida a una serie de filtros y controles propios de un Estado Constitucional. En palabras del citado profesor Prieto Sanchís, “la pena es siempre un mal, una inmoralidad *prima facie* que requiere razones justificatorias de cierto peso que permitan compensar su original falta de legitimidad (...) la pena representa un ilícito moral, algo que no se justifica por sí mismo, sino que requiere de ciertas razones complementarias”<sup>78</sup>. Como se señaló anteriormente, el legislador tiene amplias prerrogativas constitucionales en ejercicio de su libertad de configuración legislativa penal, pero igualmente sometidas a estrictos límites y controles.

En su voto concurrente, el juez Ramiro Avila Santamaría recogió estos criterios y los profundizó aún más, formulando una serie de reflexiones al respecto. Es así que, en primer lugar, el citado juez afirmó que la ley penal no protege realmente bienes jurídicos, sino que “interviene cuando hay derechos ya lesionados y para proteger a la persona procesada y

<sup>74</sup> CCE, *Sentencia 001-18-SIN-CC*, 27 de febrero de 2018, 28.

<sup>75</sup> Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 300.

<sup>76</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-365/12*, 16 de mayo de 2012, párr. 3.3.1.

<sup>77</sup> Ángel Calderón Cerezo y José Antonio Choclán Montalvo, *Derecho Penal, Parte General I* (Barcelona: Bosch, 1999), 47.

<sup>78</sup> Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional...*, 262 y 263.

condenada del poder punitivo”<sup>79</sup>. En tal virtud, argumentó que el bien jurídico debe entenderse como un dique más para limitar el poder punitivo estatal<sup>80</sup>, y que por lo tanto la ley penal sólo puede intervenir cuando se lesionan bienes jurídicos reconocidos en la CRE, pues de lo contrario carecería de legitimidad<sup>81</sup>. Con base en estas premisas, el juez Avila concluyó citando a la Asamblea General de Naciones Unidas: “La despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes”<sup>82</sup>.

Finalmente, en lo concerniente al último umbral del test de proporcionalidad, esto es la proporcionalidad en sentido estricto, la CCE concluyó que “lo poco que logra la ley penal para proteger al nasciturus mediante la disuasión de la interrupción voluntaria del embarazo; no justifica lo mucho que se pierde al permitir el ejercicio del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación en detrimento de su

integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad”<sup>83</sup>. Como también se explicó anteriormente, estos derechos de las mujeres son fundamentales y se encuentran rígidamente protegidos por la CRE; por consiguiente, su limitación en cualquier instancia debe estar exhaustivamente motivada, en conformidad con la propia Constitución y los instrumentos internacionales. La Corte agregó, como corolario de estos razonamientos, que la “tipificación de este delito en casos de violación de mujeres sin una discapacidad mental, la balanza se inclina exclusivamente hacia el nasciturus dejando de lado la protección de los derechos constitucionales de las víctimas de violación, pese a que estos tienen igual jerarquía y aplicabilidad”<sup>84</sup>. Por lo tanto, la medida sometida a examen no era proporcional.

Este pronunciamiento es similar al que hace algunos años emitió la Corte Constitucional de Colombia, cuando también resolvió la constitucionalidad del aborto en casos de violación. Concretamente, dicho órgano jurisdiccional arribó a las siguientes conclusiones:

---

<sup>79</sup> CCE. *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, voto concurrente del juez constitucional Ramiro Avila Santamaría*, 28 de abril de 2021, párr. 38.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 35.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>82</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3 de agosto de 2011, párr. 28.

<sup>83</sup> CCE. *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 155.

<sup>84</sup> *Ibid.*, párr. 158.

[S]i bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución... la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional (...) una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección (...) Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos<sup>85</sup>.

En suma, la CCE contrastó de manera concreta los bienes jurídicos, principios y/o derechos constitucionales en tensión respecto a la penalización del aborto en casos de violación en general. A través de este análisis la Corte examinó si dicha medida resultaba legítima y constitucional, en tanto fuera idónea para perseguir un

fin legítimo, necesaria y proporcional. Tras efectuar este escrutinio, la CCE concluyó que tal restricción resultaba inconstitucional. Por otro lado, la Corte también consideró el argumento de que dicha penalización podía resultar contraria al derecho a la igualdad y no discriminación, en lo atinente a la excepción prevista para el caso de mujeres con discapacidad mental. Precisamente este aspecto se analizará en la siguiente sección.

## **5. Igualdad y no discriminación en el aborto en caso de violación a mujer con discapacidad mental:**

Un tema central en el análisis realizado por la Corte, a efectos de motivar adecuadamente su sentencia 34-19-INC/21 y acumulados, fue examinar si el art. 150.2 del COIP era contrario al art. 66.4 de la CRE, que reconoce y garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación<sup>86</sup>. En realidad, la frase que requirió un examen de constitucionalidad, dentro de la referida disposición, fue: “en una mujer que padezca de discapacidad mental”<sup>87</sup>. La formulación gramatical de esta locución se concretó en el COIP, aprobado por la Asamblea Nacional en 2014; sin embargo, esta causal de exclusión de penalidad estuvo contemplada en el art. 447.2 del

85 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-355/06*, 10 de mayo de 2006, párr. 10.

86 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.4.

87 COIP, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 150.2.

Código Penal vigente desde 1971, con un estilo de redacción que da cuenta del sentir y la percepción deontológica del legislador ecuatoriano frente a un tema pertinente en este análisis, que es el consentimiento de la mujer<sup>88</sup>, y que evidencia el complejo contexto histórico ante el cual arriba esta sentencia: “Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer”<sup>89</sup>.

Ese antecedente permite entender la pertinencia de analizar el derecho a la igualdad y no discriminación a la luz de la sentencia en comento y de una configuración penal que fue declarada inconstitucional por la CCE. Se trata, además, de un derecho fundamental consagrado en instrumentos internacionales<sup>90</sup>, que se incorpora al bloque de constitucionalidad, como el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)<sup>91</sup> y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)<sup>92</sup>, considerado ya como una norma de *ius cogens* que requiere del Estado, conforme al art. 3.1 de la CRE, una garantía sin discriminación para el “efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”<sup>93</sup>; así como la erradicación de toda norma que implique desigualdad o discriminación, sin perjuicio de que puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable<sup>94</sup>. De hecho, el art. 11.2 del texto fundamental es aún más taxativo:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos<sup>95</sup>.

Cabe en este punto, previo a analizar la materia de los casos

88 Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 156; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 394.

89 Código Penal, Registro Oficial 147, 22 de enero de 1971, art. 447.2.

90 Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Registro Oficial Suplemento 153, 25 de noviembre de 2005, art. 1: “(...) la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda discriminación, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

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

92 PIDCP, Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

93 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 3.1.

94 *Vid.* CCE. *Sentencias 10-18-CN/19, 11-18-CN/19, 7-11-IA/19, 603-12-JP/19, 1894-10-JP/20, 751-15-EP/21*.

95 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 11.2.

acumulados en la sentencia 34-19-INC/21, entender los alcances jurídicos de la noción de igualdad, a partir del estándar instituido por la Corte IDH en una de sus opiniones consultivas, con el siguiente tenor:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza<sup>96</sup>.

El derecho a la igualdad y no discriminación constituye un principio fundamental que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>97</sup>. En este sentido hay que recordar que, de acuerdo a la Corte IDH, “[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos

de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”<sup>98</sup>, por cuanto se debe garantizar el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna. En el caso de las mujeres y niñas víctimas de violación, el derecho a la igualdad y no discriminación implica la posibilidad de reconocimiento y ejercicio de derechos humanos conexos, como, por ejemplo: a la salud<sup>99</sup>, a la integridad personal<sup>100</sup>, a la toma de decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida<sup>101</sup>.

A fin de examinar la constitucionalidad de una distinción que implicaba consecuencias jurídicas diferenciadas para mujeres en situaciones análogas, la CCE realizó un profundo análisis<sup>102</sup> a partir del principio de proporcionalidad reconocido en el art. 3.2 de la LOGJCC; y, de esta manera, pudo determinar si un trato diferenciado era justificado o discriminatorio, a las luces del derecho a la igualdad y no discriminación<sup>103</sup>. Este análisis buscó establecer si la medida impugnada era idónea, necesaria y guardaba un debido equilibrio

96 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Serie A No. 4, párr. 55.

97 CCE, *Sentencia 34-19-INC/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 163.

98 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Serie A No. 18, párr. 83.

99 CCE, *Sentencia 319-JP/20 y acumulados*, 5 de agosto de 2020.

100 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.3.

101 *Ibíd.*, art. 66.9.

102 CCE, *Sentencia No. 7-11-IA/19*, 28 de octubre de 2019, párr. 31.

103 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84...*, párr. 56.

entre la protección y la restricción constitucional<sup>104</sup>.

Entonces, en primer lugar, analizó que para el caso<sup>105</sup> de las niñas y mujeres que no poseen una discapacidad mental, la norma penal prescribía, por interrumpir voluntariamente el embarazo producto de la violación, una pena privativa de libertad; mientras que excluía la penalización a las niñas y mujeres con discapacidad mental. La Corte identificó que este trato diferenciado no gozaba de justificación jurídica objetiva o razonable, ya que la excepción a la penalización, a partir de la redacción del art. 150.2 del COIP, habría pretendido proteger a una mujer en situación de vulnerabilidad y de supuesta imposibilidad de brindar consentimiento. Sin embargo, en el caso de las niñas y mujeres que quedan embarazadas como resultado de una violación, su condición o capacidad mental resultaba irrelevante a la hora de analizar la configuración del delito de violación, cuyo elemento esencial en cualquier caso es la ausencia del consentimiento de la víctima<sup>106</sup>.

En segundo lugar, la Corte observó que ambos grupos de mujeres ven vulnerados los mismos

derechos constitucionales y sufren las mismas graves consecuencias y secuelas como consecuencia de una violación. Por lo tanto, como señaló la CCE, la discapacidad mental no tiene relación con las consecuencias del delito tipificado en el art. 171 del COIP. Por el contrario, es la tipificación penal sobre el aborto la que, conforme a lo expresado en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, en el caso de las mujeres que no poseen una discapacidad termina revictimizándolas al criminalizarlas<sup>107</sup>.

En tercer lugar, la Corte arribó a la conclusión de que la discapacidad mental<sup>108</sup> no es la única situación de vulnerabilidad que enfrentan las mujeres; por tanto, pretender una protección a ese grupo de atención prioritaria, ante un delito atroz que provoca un embarazo no deseado, tampoco puede ser una justificación constitucionalmente válida o suficiente para un trato diferenciado. La CRE, de hecho, establece como grupos de atención prioritaria a las niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, mujeres en situación de movilidad, mujeres privadas de libertad y mujeres víctimas de violencia<sup>109</sup>. Todos

104 LOGJCC, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, art. 3.2.

105 European Court of Human Rights. *Case of Fábán v. Hungary*. Judgment of 5 September 2017, párr. 121.

106 Rita Segato, *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2003), 40-44.

107 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados: Voto concurrente del juez Ramiro Ávila*, 28 de abril de 2021, párr. 25.

108 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2016. Serie C No. 319, párr. 240.

109 CRE, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 35.

estos grupos de mujeres tienen, constitucionalmente, una protección especial por su vulnerabilidad, por lo que su situación en este sentido es equiparable a la de las mujeres con discapacidad mental. A esto se puede sumar que hay mujeres que pertenecen a más de un grupo de atención prioritaria, dado que pueden padecer doble o múltiple vulnerabilidad.

A fin de profundizar en este punto del análisis, la CCE revisó las conclusiones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) el cual, en un estudio del 2011, informó que una de cada cuatro mujeres ecuatorianas ha sufrido violencia sexual durante su vida<sup>110</sup>; mientras que según la Fiscalía General del Estado (FGE), de 2015 a 2018, se denunciaron 18.184 violaciones, de las cuales el 80% fueron sufridas por mujeres. Con base en estos datos, la Corte observó que 14.500 mujeres fueron violadas en ese periodo, es decir, 10 violaciones por día<sup>111</sup>. De las violaciones diarias denunciadas, el 7,5% corresponde a niñas menores de 9 años, el 40% entre 10 y 14, el 41,5% entre 15 y 20, el 4% de 21 a 29, y un 7% a mujeres mayores. La CCE además hizo notar que, según la Fiscalía, las

denuncias corresponden únicamente al 10% de los casos efectivamente ocurridos<sup>112</sup>.

A esas cifras hay que sumar que 42 denuncias diarias se registran en el país por violación, abuso y acoso sexual a niñas y adolescentes<sup>113</sup>; y que en la mayoría de los casos el agresor es un familiar o persona cercana a la víctima. Este aterrador contexto explica los datos presentados por ONU Mujeres en 2020: el 49,3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes<sup>114</sup>. Es decir, no hay una justificación en la pertenencia a un grupo de atención prioritaria específico, como las mujeres que poseen algún tipo de discapacidad mental, para un trato diferenciado respecto al resto de mujeres víctimas de violación, porque la situación de vulnerabilidad es mucho más compleja y todas requieren un igual nivel mínimo de protección.

Entendida la importancia del derecho a la igualdad y no discriminación, sobre todo para el ejercicio de otros derechos fundamentales en los casos de niñas y mujeres víctimas de violación, resultó imperante para la Corte verificar que la distinción que hacía la ley era

110 INEC. (2011). Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres.

111 «Violencia de género, aborto y derechos humanos», *El Telégrafo*, 16 de noviembre de 2018, acceso el 11 de mayo de 2021, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/violencia-genero-aborto-derechos-humanos>

112 «El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía», Fiscalía General del Estado, 11 de marzo de 2017, acceso 12 de mayo de 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantil-en-la-mira-de-la-fiscalia/>

113 «En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual: Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial», *El Comercio*, 12 de mayo de 2019, acceso 12 de mayo de 2021, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>

114 UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto 2017.

injustificada, por cuanto constituía un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias similares<sup>115</sup>. Es así que la norma penal respecto al aborto, cuando el embarazo era producto de una violación, fue declarada inconstitucional por adjudicar consecuencias jurídicas distintas para mujeres que se encontraban en una situación análoga: ser víctimas de un delito aberrante contra su integridad física y sexual, como es la violación. La norma impugnada, entonces, contravenía el principio de igualdad en sus dos dimensiones: la no discriminación y el no sometimiento<sup>116</sup>.

El análisis para verificar si el trato diferenciado fue justificado o discriminatorio, de hecho, le permitió a la Corte concluir que la configuración legislativa del tipo penal impugnado no cumplía un fin constitucionalmente válido, basado en un criterio objetivo. En realidad, se evidenció que, al aplicar el poder punitivo del Estado a mujeres sin discapacidad mental que quedaron embarazadas como resultado de una violación, se producía en el Ecuador una grave discriminación que, al obligarlas a enfrentar un proceso y una sanción penal, las revictimizaba; por tanto, la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”

fue necesariamente declarada inconstitucional.

Además, en el sentido de las consecuencias penales del impugnado art. 150.2 del COIP, la Corte aclaró que deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo; es decir, para las mujeres que han sido violadas y para los médicos u otros profesionales que las asisten en el procedimiento de la interrupción de ese embarazo. El propósito de esta resolución es evitar que el personal de salud sea sancionado, lo cual afectaría sus propios derechos constitucionales y el derecho a la salud de las víctimas de violación<sup>117</sup>, que necesitan contar con personal médico que les realice procedimientos de forma segura, y no en clínicas clandestinas y/o con métodos que pueden provocar graves daños a la salud<sup>118</sup>.

La declaratoria de inconstitucionalidad de la citada frase del art. 150.2 del COIP por parte de la CCE, finalmente, protege el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres víctimas de violación que no poseen una discapacidad mental, tanto en la prohibición de diferencias arbitrarias (concepción negativa), como en la obligación de los Estados de

115 CCE, *Sentencia 1894-20-JP/20*, 04 de marzo de 2020, párr. 53.

116 Roberto Saba, «Igualdad de trato entre particulares», *Lecciones y Ensayos*, n.º 89 (2011): 230.

117 CCE, *Sentencia 34-19-INC/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 183.

118 Elsa Guerra, «Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador», *Foro Revista de Derecho* 29 (2018): 117-134.

crear condiciones de igualdad real para grupos que han sido históricamente excluidos y que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (concepción positiva)<sup>119</sup>. En todo caso, no es menor la decisión de la Corte de expulsar del ordenamiento jurídico una distinción incluida en el Código Penal de 1971 y que se mantuvo en el COIP aprobado en el 2014; es decir, dentro de un periodo histórico en el que el Estado, mediante sus cartas fundamentales e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados, ya tenía la obligación de velar por el derecho a la igualdad y no discriminación. Esto nos trae a colación el planteamiento de Bobbio sobre la urgencia del fundamento teórico y político para lograr la efectiva aplicación de los derechos, pues “[e]l problema de fondo relativo a todos los derechos es hoy no tanto el de justificarlos sino el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político”<sup>120</sup>.

## **6.- Efectos de la sentencia y parámetros para la regulación legal del aborto en casos de violación**

En principio, las sentencias emitidas en procesos de control constitucional, en una clasificación harto simplista y típica, la podemos

distinguir en: a) *estimatoria*, que comprende la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos legales declarados inconstitucionales; y, b) *desestimatorias*, en donde se presenta una reconfirmación de la adecuación a la Constitución de la norma impugnada. Sin embargo, esta clasificación dicotómica en los momentos actuales puede provocar dificultades prácticas en aspectos que tienen que ver con los efectos de la sentencia en el tiempo, alcance de la fuerza anulatoria de la declaración de inconstitucionalidad, entre otros<sup>121</sup>.

En tal virtud, en el juicio de constitucionalidad a los actos normativos en el marco del control abstracto que realiza la CCE, podemos identificar, entre algunas opciones, las siguientes: a) Eliminar las normas cuando exista incompatibilidad con la Constitución (invalidez); b) declarar la norma conforme a la Constitución (validez); c) cuando no se ha desarrollado una norma, debiendo hacerlo, se declara la omisión constitucional; d) inconstitucionalidad por conexidad; e) sentencias atípicas/manipulativas (y dentro de estas, las interpretativas o de constitucionalidad condicionada, exhortativas o monitorias, aditivas o normativas, reductoras o sustractivas, sustitutivas).

119 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 267.

120 Norberto Bobbio, *Letá dei diritti*. (Turín: Einaudi, 1997), 16.

121 Luis Aguiar de Luque, “Control de normas en modelo europeo de justicia constitucional”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, coord. Luis López Guerra (Quito: Corporación Editora Nacional, 2002), 219 y 220.

En el caso de la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados se realiza un control *a posteriori* como resultado de varias acciones de inconstitucionalidad en contra de los vigentes arts. 149 y 150 del COIP, observándose que la decisión de la Corte es *estimatoria*, declarando la inconstitucionalidad por el fondo (contenido material de la norma jurídica) de la frase del art. 150 del COIP “en una mujer que padezca de una discapacidad mental”; y, en consecuencia, se declara su invalidez y su expulsión del ordenamiento jurídico, en los términos del art. 436.2 de la CRE, que al texto indica:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confieran la ley, las siguientes atribuciones (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado<sup>122</sup>.

La invalidez como consecuencia del juicio de constitucionalidad en abstracto se concibe en términos de ser expulsado del ordenamiento jurídico. En palabras del maestro Hernán Salgado Pesantes<sup>123</sup>, el vocablo *invalidez* es más preciso que el de

*suspender*, como estaba contenido en el art. 276.1 de la Constitución Política del año 1998<sup>124</sup>.

En atención a la disposición enunciada de la CRE, el acto normativo sujeto a juicio de constitucionalidad en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados tiene efectos *erga omnes* y *ex nunc*; es decir, “efectos generales hacia el futuro”<sup>125</sup>. De lo manifestado se extrae su carácter vinculante general, no existiendo personas u órganos exentos de su observancia y cumplimiento. En cuanto a los efectos *ex nunc* y por regla general previsto en el art. 96.4 de la LOGJCC, las sentencias de control abstracto de constitucionalidad producen sus efectos a relaciones futuras, y sólo por excepción se puede diferir o retrotraer (efectos *ex tunc*) en atención a preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, así como la plena vigencia de los derechos humanos.

Además, en consideración a que las declaratorias de inconstitucionalidad producen efectos por lo general a partir de su publicación en el Registro Oficial<sup>126</sup>, la CCE en la sentencia en

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

123 Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 4ta. ed. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 148.

124 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

125 CCE, *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 191.

126 En el párrafo 11 del auto 8-16-IN/19 de 17 de abril de 2019 se manifiesta este particular. Por su parte, el art. 278 de la Constitución de 1998 contemplaba expresamente la entrada en vigencia de la declaratoria de inconstitucionalidad a partir de su promulgación en el Registro Oficial; lo hacía en los siguientes términos (a pesar de la confusión en la redacción de los vocablos “*promulgación*” y “*publicación*”): “La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno”. En el marco normativo actual, ni en la CRE ni en la LOGJCC se establece una regulación

análisis considera que el efecto retroactivo *ipso iure* previsto a fin de viabilizar la aplicación del principio de favorabilidad penal, se circunscribe única y exclusivamente a aquellos casos en etapa preprocesal o procesal penal (es decir, en trámite), o en los que se haya dictado sentencia condenatoria por el delito de violación<sup>127</sup>.

En consecuencia, se puede decir que, por regla general, no se puede revisar las sentencias ejecutoriadas y emitidas al amparo de la norma declarada inconstitucional; sin embargo, para el presente caso, la favorabilidad penal constituye una plena excepción a la regla general que se debe aplicar para los casos ya resueltos y pasados en autoridad de cosas juzgadas, como forma de observar irrestrictamente este principio constitucional expresamente previsto en el art. 76.5 de la CRE.

En la misma línea de lo manifestado, en el actual diseño constitucional otro de los efectos importantes de una sentencia emitida como consecuencia del control abstracto de constitucionalidad por acción de inconstitucionalidad, es la de constituir cosa juzgada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 96.1 de la LOGJCC, que al texto dispone:

---

similar en cuanto a la entrada en vigencia de la declaratoria de inconstitucionalidad.

127 CCE. *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 191.

128 LOGJCC. Registro Oficial Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

129 *Ibíd.*, párr. 192.

Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: 1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia<sup>128</sup>.

Con la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, la Corte estableció un mandato expreso prohibitivo de no penalizar el aborto consentido en casos de violación, dirigido a la Asamblea Nacional en cuanto órgano competente dentro del Ecuador para tipificar e instaurar sanciones mediante ley, en atención a la protección de bienes jurídicos constitucionales. Esta disposición de naturaleza mandatoria y vinculante da por cerrada una posible discusión que pudiera volver a generarse en el seno de dicho órgano, que en uso de su libertad legal configurativa pudiese considerar reinsertar nuevamente la penalización del aborto consentido por parte de mujeres que no padezcan de una discapacidad mental, lo que ha sido el objeto de la sentencia en comento<sup>129</sup>.

Como se señaló anteriormente, la CCE reconoce la facultad de la Asamblea Nacional de legislar, con sujeción a las condiciones dispuestas en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados;

y, para el caso concreto de aborto por violación, le corresponde generar el marco regulatorio apropiado en el cual se incluyan los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de este delito. Agrega la Corte que mientras no exista dicha regulación, la sentencia en referencia se debe aplicar con todos sus efectos -descritos líneas arriba-, a partir de su publicación en el Registro Oficial; en consecuencia, no se podrá, so pretexto de la inexistencia del marco regulatorio, sancionar a mujeres o personal médico que interrumpan voluntariamente un embarazo resultado de una violación sexual<sup>130</sup>.

Previo a la parte resolutive de la sentencia, la CCE desarrolla parámetros mínimos con la finalidad de implementar en la práctica la inconstitucionalidad declarada, dirigidos tanto a jueces y tribunales como al legislador cuando le corresponda diseñar el marco normativo regulatorio. Así, la Corte advierte, en atención a la duración del tiempo de sustanciación de las causas penales por el delito de violación, que en general puede superar al proceso de gestación del embarazo, no se puede penalizar durante ese periodo el aborto consentido; debiendo ser viabilizado a través de opciones tales como la denuncia penal, examen

médico o declaración jurada, que en su momento deberán ser también apropiadamente reguladas por la Asamblea Nacional<sup>131</sup>.

Para el caso concreto de niñas y adolescentes se dispone que actúen las autoridades competentes (sanitarias, Fiscalía, Policía, Juntas Cantonales de Protección de Derechos, Defensoría del Pueblo, entre otras), a fin de que se pueda realizar la denuncia, examen médico, declaración jurada o lo que se determine normativamente, y también con el objeto de que sean asistidas médica y psicológicamente ante un embarazo producto de una violación. La CCE deja en claro la especial atención que se sabrá dar cuando la violación se haya producido dentro del círculo íntimo o familiar de la niña o adolescente, en donde los victimarios ejercen poder sobre ellas, pudiendo inclusive tener su representación legal. Lo indicado se complementa con la obligación de las autoridades de analizar caso por caso y de acuerdo a las condiciones específicas de la niña o adolescente, tomándose en cuenta su participación en el proceso, según corresponda, en la determinación de sus derechos<sup>132</sup>.

En la regla a seguir, a fin de interrumpir válidamente el embarazo como consecuencia de una violación,

<sup>130</sup> *Ibíd.*, párr. 193.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, párr. 194. a.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, párr. 194. b.

la Corte dispone a la Legislatura que determine los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser legalmente realizada la interrupción, en donde se incluirá -como se lo ha hecho en otros países- la fijación de un tiempo máximo de gestación permitido en semanas; con ello se podría decir que el sistema o modelo ecuatoriano correspondería a uno de *plazos con expresión de causa*. Ello es concordante con la jurisprudencia de la Corte IDH desarrollada en el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, en donde la protección de la vida del que está por nacer es gradual e incremental según el desarrollo del *nasciturus*<sup>133</sup>. Así las cosas, de las aproximadas cuarenta semanas de gestación de un embarazo, sólo en las primeras semanas que determine el legislador prevalecerán, entre otros, los derechos reproductivos de la mujer; y con posterioridad a este plazo, estos derechos u otros asociados a la mujer, como la integridad física o libertad reproductiva, prevalecerían solo en casos excepcionales (como los indicados en el art. 150 del COIP)<sup>134</sup>.

En cuanto a los lineamientos de carácter normativo a ser observados por las autoridades públicas en la aplicación de la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, la CCE acudió al bloque de constitucionalidad, fijando los

estándares y parámetros que se derivan del Derecho Internacional, así como de las organizaciones internacionales como la Organización Panamericana de la Salud o la OMS, y otros como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este punto, la Corte recordó la importancia que desempeña la implementación de las políticas públicas a fin de asegurar una “atención médica, psicológica, legal y de trabajo social que sea inmediata, segura y digna para aquellas mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo”<sup>135</sup>.

En atención a la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, se dispuso al Defensor del Pueblo, de conformidad a su competencia constitucional prevista en el inciso primero del art. 215 de la CRE (protección y tutela de derechos), la presentación a la Asamblea Nacional en el plazo máximo de dos meses desde la notificación de la sentencia de un proyecto de ley -que sea producto de una participación amplia y activa de la ciudadanía y de manera coordinada con los distintos organismos estatales- que desarrolle los parámetros y criterios de la sentencia 34-19-IN/21 y

133 *Ibid.*, párr. 194. c.

134 José Ángel Fernández Cruz y Yanira Zúñiga Añazco, “¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24 (1): 198, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.06>.

135 CCE. *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, párr. 194. d.

acumulados, buscando propiciar un adecuado balance entre la protección del *nasciturus* y los derechos de las mujeres víctimas de violación. Igualmente, la Corte determinó que, presentado el proyecto de ley, la Asamblea Nacional dispone de un plazo de máximo de seis meses para aprobarlo, sin contrariar los estándares fijados en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados<sup>136</sup>. En lo demás, el trámite de creación de la ley seguirá el procedimiento regular previsto en la CRE, y que deberá tener la condición y jerarquía de orgánica en razón de lo prescrito por el art. 133.2 de la CRE.

## 7. Conclusiones

La sentencia 34-19-IN/21 y acumulados constituye un precedente jurisprudencial de singular trascendencia histórica, ya que ha determinado la inconstitucionalidad de una norma penal acerca de cuya legitimidad se había venido desarrollando un amplio debate en diversos foros académicos y sociales. Esta decisión ha supuesto la despenalización del aborto voluntario en los casos de violación, lo que ha sido consecuencia de un profundo análisis sobre los derechos constitucionales en cuestión, en el que se han considerado aspectos de gran relevancia para la definición de esta causa, como son la libertad

de configuración del legislador, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y el principio de igualdad y no discriminación.

En el presente artículo se analizaron las principales cuestiones jurídicas abordadas por la Corte en la sentencia en referencia, con el propósito de enfatizar y profundizar los aspectos esenciales de los puntos argumentativos centrales de cada una. En este sentido, se efectuó una revisión del concepto de libertad de configuración del legislador, que constituye, en el fondo, la cuestión medular dilucidada por la CCE en el fallo en comento. En tal virtud, se constató que dicha prerrogativa constitucional tiene límites impuestos por la propia CRE y las obligaciones en materia de derechos humanos emanadas de los instrumentos internacionales sobre la materia. Teniendo en cuenta estas premisas, se resaltó el razonamiento y conclusión de la Corte respecto a que en la tipificación de las conductas previstas en el art. 150.2 del COIP, el legislador transgredió dichos límites por no haber ponderado debidamente los derechos constitucionales en liza.

<sup>136</sup> *Ibid.*, párr. 195.

Dentro de su análisis, la CCE se enfocó primeramente en especificar el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, con el objeto de puntualizar la extrema gravedad de la violación como generador de múltiples transgresiones a los derechos humanos, y remarcar el carácter revictimizador de la penalización de la mujer que interrumpe su embarazo como consecuencia de tal vulneración. En este sentido, se realizó un sucinto análisis jurídico, con base en la doctrina y la jurisprudencia, sobre la prioridad que debe darse a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, adoptando siempre un enfoque de género.

Siguiendo esta línea argumental, también se destacó y examinó el test de proporcionalidad desarrollado por la CCE para la resolución del caso. Para el efecto, se efectuó un recorrido a través de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional a fin de conceptualizar de manera clara y precisa los métodos de interpretación constitucional implicados, esto es la proporcionalidad y la ponderación. Con base en estas reflexiones, a continuación, se examinó el ejercicio argumentativo concreto efectuado por la Corte para determinar la inconstitucionalidad de la frase pertinente contenida en el art. 150.2

del COIP, lo que permitió resaltar el contraste realizado entre derechos de igual jerarquía y determinar la precedencia específica de uno de ellos, en conformidad con los principios jurídicos que rigen la hermenéutica constitucional.

Dentro de la misma tónica, también se reflexionó sobre el análisis efectuado por la Corte acerca de la vulneración al principio de igualdad y no discriminación, que provocaba la exclusión de la penalización a las mujeres con discapacidad mental que interrumpían su embarazo en casos de violación. Es así que, la CCE, determinó que este trato diferenciado no estaba justificado constitucionalmente y, por tanto, resultaba discriminatorio. Finalmente, también se examinaron los efectos inmediata y directamente aplicables de la declaratoria de inconstitucionalidad, y la obligación conjunta de la Defensoría del Pueblo y la Asamblea Nacional de tramitar y aprobar la correspondiente ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, conforme a los parámetros específicos sentados por la Corte.

En conclusión, en el presente artículo se reflexionó sobre el valor jurídico y social de la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, examinando las cuestiones principales tratadas y destacando los argumentos centrales

de la resolución. Se trata, sin duda, de un precedente jurisprudencial de notable significación, cuyos efectos aún están en plena ejecución y deberán instrumentalizarse a través de la respectiva ley que deberá ser aprobada por la Asamblea Nacional en el plazo correspondiente. La Corte se erige nuevamente como guardiana de la Constitución, coadyuvando a través de sus sentencias al respeto, garantía y progresión de los derechos humanos.

## 8. Bibliografía

### Doctrina

- Agencia EFE. «En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual: Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial». *El Comercio*, 12 de mayo de 2019. Acceso 12 de mayo de 2021, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>.
- Aguiar de Luque, Luis. «Control de normas en modelo europeo de justicia constitucional». En *La justicia constitucional en la actualidad*, coordinado por Luis López Guerra, 219 y 220. Quito: Corporación Editora Nacional, 2002.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2003.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3 de agosto de 2011. Acceso 12 de mayo de 2021. <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>.
- Bareiro, Line. «Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales». En *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*, 119-133. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>.
- Benalcázar Alarcón, Patricio. «Violencia de género, aborto y derechos humanos». *El Telégrafo*, 16 de noviembre de 2018. Acceso el 11 de mayo de 2021. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/violencia-genero-aborto-derechos-humanos>.
- Bermúdez Valdivia, Violeta. «La violencia contra la mujer y los derechos reproductivos». *Derecho PUCP* 7, n.º 61 (2008): 81-110. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.004>.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the laws of England*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1778.
- Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*. Turín: Einaudi, 1997.
- Calderón Cerezo, Ángel y José Antonio Choclán Montalvo. *Derecho Penal, Parte General I*. Barcelona: Bosch, 1999.

- El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. *Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás*, agosto 2017. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://www.unicef.org/ecuador/media/1191/file/Dossier%20informativo%20sobre%20la%20campa%C3%B1a%20#AhoraQueLoVes%20#DiNoM%C3%A1s.pdf>.
- Facio, Alda. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>.
- Fernández Cruz, José Ángel y Yanira Zúñiga Añazco. «¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno?». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24 (1): 177-206. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/ajjc.24.06>.
- Fernández Segado, Francisco. *La Evolución de la Justicia Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Fiscalía General del Estado. «El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía», 11 de marzo de 2017. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantil-en-la-mira-de-la-fiscalia/>.
- Guerra, Elsa. «Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador». *Foro Revista de Derecho* 29 (2018): 117-134. <http://hdl.handle.net/10644/6281>.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres*. INEC, 2011. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://anda.inec.gob.ec/anda/index.php/catalog/94>.
- Kislinger, Luisa y Magdymar León. *Manual de derechos sexuales y derechos reproductivos y violencias por razón de género contra las mujeres*. Madrid: AIDOS/MPDL, 2019. Acceso el 11 de mayo de 2021. <http://www.mpd.org/sites/default/files/manual-SRHR-GBV-espanol.pdf>.
- Locke, John. *Second Treatise on Civil Government*. Cambridge: 1763.
- Marcus, Rachel y Caroline Harper. *Gender justice and social norms – Processes of change for adolescent girls: towards a conceptual framework 2*. Londres: Overseas Development Institute, 2014.
- Organización Mundial de la Salud. *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo*. Ginebra: OMS, 2018. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO, 9. Acceso el 12 de mayo de 2021. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>.
- *Violencia contra la mujer*. Acceso el 10 de mayo de 2021. <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/violence-against-women>.
- *Respect women. Preventing violence against women*. Geneva: World Health Organization, 2019. WHO/RHR/18.19. License: CC BY-MC-SA 3.0 IGO. Acceso el 10 de mayo de 2021, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/>

library/publications/2019/respect-women-preventing-violenceagainst-women-en.pdf?la=en&vs=5901.

Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*, 3ra. Ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.

Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003).

Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.4 en línea]. Acceso el 12 de mayo de 2021, «poder legislativo».

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. Madrid: Civitas, 1997.

Saba, Roberto. «Igualdad de trato entre particulares». *Lecciones y Ensayos*, n.º 89 (2011): 217-276. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/saba-roberto-p-igualdad-de-trato-entre-particulares.pdf>.

Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de derecho constitucional*, 4ta. ed. Quito: Ediciones Legales, 2012.

Segato, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

## Normativa

Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014).

Código Penal (Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971).

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005).

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005).

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria de 20 de diciembre de 1993). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>.

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (Conferencia Mundial sobre la Mujer de septiembre 1995). [https://beijing20.unwomen.org/~/\\_media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf#page=160](https://beijing20.unwomen.org/~/_media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=160).

Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993). [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. (Bundesgesetzblatt 1 de 8 de mayo de 1949).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Registro Oficial Segundo Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969).

Programa de Acción de El Cairo (Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 13 de septiembre de 1994). [https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD\\_programme\\_of\\_action\\_es.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf).

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 34-19-IN/21*, 28 de abril de 2021.

— *Sentencia 002-16-SCN-CC*, 9 de marzo de 2016.

— *Sentencia 012-17-SIN-CC*, 10 de mayo de 2017.

— *Sentencia 001-18-SIN-CC*, 27 de febrero de 2018.

— *Sentencia 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

— *Sentencia 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

— *Sentencia 6-17-CN/19*, 18 de junio de 2019.

— *Sentencia 5-13-IN/19*, 2 de julio de 2019.

— *Sentencia 7-11-IA/19*, 28 de octubre de 2019.

— *Sentencia 603-12-JP/19*, 5 de noviembre de 2019.

— *Sentencia 1894-10-JP/20*, 4 de marzo de 2020.

— *Sentencia 319-JP/20 y acumulados*, 5 de agosto de 2020.

— *Sentencia 751-15-EP/21*, 17 de marzo de 2021.

— *Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados*, 28 de abril de 2021.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-420/02*, 28 de mayo de 2002.

— *Sentencia C-828/2002*, 8 de octubre de 2002.

— *Sentencia C-248/04*, 16 de marzo de 2004.

— *Sentencia C-355-06*, 10 de mayo de 2006.

— *Sentencia C-365/12*, 16 de mayo de 2012.

— *Sentencia C-835/13*, 20 de noviembre de 2013.

— *Sentencia C-144/15*, 6 de abril de 2015.

— *Sentencia T-027/18*, 12 de febrero de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4.

— *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18, párr. 83.

— *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

— *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

— *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

— *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 53/1985*, 11 de abril de 1985.

— *Sentencia 55/1996*, 28 de marzo de 1996.

European Court of Human Rights. *Case of Fábíán v. Hungary*, 5 de septiembre de 2017.

# RESEÑAS

A través de la convocatoria abierta para la publicación de textos en la *Ius Constitutionale*, Revista de Derecho Constitucional, se escogieron los mejores trabajos de reseñas. Por lo tanto, en esta sección se podrá encontrar información sobre obras de actualidad sugestivas, con alto valor académico e interesantes frente a los debates jurídicos del momento.



# Reelección presidencial y democracia:

## La evasión de los límites constitucionales

**Por:** Ariana Tapia Sánchez<sup>1</sup>,

Doménica Lara Andrade<sup>2</sup>

La obra escrita por el juez de la Corte Constitucional del Ecuador Agustín Grijalva Jiménez y por el magíster en investigación de Derecho Constitucional José Luis Castro Montero, titulada *Reelección presidencial y Democracia* <sup>3</sup>, fue publicada como primera edición en febrero del 2021 en Quito, Ecuador, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Ecuador.

Este libro es el resultado del profundo interés por comprender cuáles fueron las condiciones que llevaron a ciertos países de Latinoamérica a adoptar la reelección presidencial indefinida, en conjunto con la reelección de legisladores y autoridades locales, en Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador. La obra parte de dos puntos de vista marcados:

el primero direccionado hacia el derecho constitucional y el segundo, una visión de los hechos por parte de la Ciencia Política.

Como consecuencia del desarrollo de esta investigación, el libro se divide en nueve capítulos en donde se comienza con una explicación de conceptos que llevarán al lector a una mejor comprensión del tema. Se parte de la teoría para, finalmente, aterrizar en casos concretos y reales en los países antes mencionados.

Los autores inician la obra con la explicación del origen de la reelección, el cual se remonta a la antigua Grecia. Ya desde entonces, Aristóteles precisaba que no se puede ejercer un mismo cargo dos veces. Con las diferentes aportaciones de reconocidos autores, se presentan argumentos a favor y en contra de la reelección indefinida;

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho con subespecialización en Derecho Penal en la Universidad San Francisco de Quito. Becaria por la Universidad San Francisco de Quito, reconocimiento en el cuadro de honor-lista del canciller.

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad San Francisco de Quito. Becaria de excelencia académica por la Universidad San Francisco de Quito, reconocimiento en el cuadro de honor-lista del canciller

<sup>3</sup> Agustín Grijalva Jiménez, José Luis Castro Montero, *Reelección Presidencial y Democracia: la eliminación de los límites constitucionales a la reelección en Ecuador, Bolivia, Venezuela y Nicaragua* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021).

entre estos autores se encuentran: Thomas Jefferson, Madison y Adams quienes estaban a favor de establecer límites a la reelección; y, por otro lado, Hamilton y Hume, quienes consideraban que la reelección traería beneficios importantes y que, al ser limitada, se atentaba contra varios derechos. Ante esto, Grijalva y Castro explican que el constitucionalismo tiene una importancia significativa, ya que está encaminado a limitar la concentración de poder político para fomentar la alternancia y competencia política, evitando la desigualdad.

Tomando como ejemplo a cuatro países de Latinoamérica, Bolivia, Nicaragua, Venezuela y Ecuador, se refleja el patrón en común que direccionó a la reelección indefinida. En todos los casos las características que presentaron los gobernantes fueron su popularidad, el poder presidencial que les otorgaba la Constitución, la situación económica que atravesaba el país y la independencia judicial de los órganos de control constitucional y tribunales de justicia.

Tanto Agustín Grijalva como José Castro, a lo largo de su libro, presentan una postura clara en contra de la reelección indefinida, basándose en dos argumentos principales. El primero se focaliza en el concepto de democracia, en el sentido de que las elecciones deben ser transparentes,

celebradas en igualdad de condiciones y revestidas de carácter temporal y competitivo en ejercicio del poder político. Por otro lado, la segunda postura se enfoca en que la reelección indefinida llevaría a resultados poco positivos y desfavorecedores, como son la corrupción, el autoritarismo, la ruptura del orden democrático, entre otros.

Es importante resaltar que en los casos de reelección indefinida que analizaron los autores percibieron tres vías que facilitaron que se produjera este escenario. En el caso de Venezuela, la reelección indefinida fue aprobada a través de una consulta popular en el 2009, a través del cual se enmendó la Constitución que antes únicamente permitía la reelección consecutiva. En cuanto a Nicaragua y Ecuador, la reelección indefinida se adoptó a través de enmiendas constitucionales que se aprobaron por parte de la Asamblea Nacional, específicamente en Nicaragua en 2014 y Ecuador en el 2015. Finalmente, en Bolivia se aprobó la reelección indefinida mediante una interpretación del Tribunal Constitucional.

Una temática importante que se presenta por parte de los autores en el libro es el conocido socialismo del siglo XXI representado en figuras políticas como Chávez, Morales, Correa y Ortega. Los mandatarios justificaron

la adopción de la reelección indefinida en la necesidad de consolidar un modelo firme, tanto en el área social como en el de políticas públicas, respecto a la economía de cada uno de los países; sin embargo, esto ocasionó un debilitamiento en la democracia debido a la dependencia en el liderazgo de una sola persona.

Adicionalmente, dichos políticos argumentaban que la posibilidad de la reelección indefinida podría ser entendida como un derecho humano, ya que ampliaba la participación de los ciudadanos y se conjugaba con el derecho de elegir y ser elegido. Esto fue desechado por Grijalva y Castro, ya que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmaron que los derechos a elegir y ser elegido tienen limitaciones que deben ser observadas en una sociedad democrática, además que son necesarias para la conservación de la forma republicana de un gobierno.

Por otro lado, el libro menciona dos ideas importantes respecto a los poderes político-partidarios del presidente. La primera gira en torno a que la autoridad presidencial debe tener suficiente apoyo en la Asamblea Nacional para que, de esta manera, pueda atravesar los posibles bloqueos por parte de la oposición; la segunda idea está encaminada a que los gobiernos con pluralidad legislativa

podrán controlar en su mayoría los votos que le permitan lograr una reforma constitucional para adoptar la reelección indefinida. Otro factor importante que los autores consideran en su libro es la falta de independencia judicial como clave que facilitó la reelección indefinida, ya que tanto las cortes y tribunales de los países de estudio fueron fundamentales en la flexibilización de los límites a la reelección.

El libro concluye expresando un punto de vista muy determinante, en el cual se plantea la principal consternación de los autores sobre el peligro que representa la reelección indefinida para la democracia y la estabilidad de las normas constitucionales. Es lo comúnmente conocido como sed de poder a lo que hacen referencia Grijalva y Castro cuando hablan de los gobernantes que pretendieron disfrazar a la reelección indefinida de democracia constitucional, generando confusión en el pueblo sobre un derecho inexistente como lo es el “derecho a la reelección indefinida”.

El libro evidencia la ardua investigación y el conocimiento profundo de los autores sobre el tema. Los conceptos utilizados fueron claramente explicados y desarrollados en todos los puntos que se trataron a lo largo de sus nueve

capítulos. Grijalva y Castro logran contestar a todas las preguntas planteadas como tesis al inicio de la obra, dando argumentos a favor y en contra de este tema tan debatible y que es de suma importancia en la actualidad, especialmente en países que se consideran democráticos.

Es necesario destacar la inteligibilidad del texto debido a su coherencia y unidad, lo que incita al lector a la lectura continua sin convertirse en una lectura monótona. No hace falta ser alguien experimentado en Derecho Constitucional para entender la obra en su totalidad, y el lenguaje empleado es claro y preciso. Es un libro altamente recomendado para todos quienes presenten un interés en esto de la (no) reelección indefinida.

# Financiar la Constitución

**Por:** Pamela Escudero Soliz<sup>1</sup>

En medio de la incertidumbre ocasionada por el desequilibrio social, económico y político que enfrenta la humanidad a causa de la presencia de la pandemia COVID-19 y sus variantes, así como la desesperada exigencia de protección de derechos sociales y la implementación de mecanismos públicos que permitan su ejercicio, se devela la limitación de ingresos económicos y una caja fiscal en crisis que plantea el dilema de cómo se han de financiar los derechos según el derecho constitucional, presupuestario y gasto público.

En ese sentido, el objetivo de la reseña aquí expuesta es dar a conocer a la comunidad académica y jurídica especializada en derecho constitucional y financiero, las principales reflexiones, planteamientos y hallazgos encontrados en el libro *Financiar la Constitución* desarrollado en el campo del derecho constitucional y financiero comparado, escrito por Horacio Corti y publicado precisamente

en el año del desate de la pandemia, por la Editorial Universitaria de Buenos Aires-Argentina (EUDEBA), en agosto de 2020.

En la obra que aquí se reseña, el autor desempolva los escenarios sociales agravados por los planes de ajuste económico, las políticas de estabilización periódicamente aplicadas y las recurrentes crisis vinculadas al endeudamiento externo que ponen de manifiesto las políticas de reducción del gasto social y el constante aprieto de la caja fiscal que pone al Estado a resolver el dilema “derechos y restricciones financieras”.

Con carácter parcial y propedéutico, como resultado de un trabajo en progreso, el autor de la obra *Financiar la Constitución* reúne cinco ensayos analíticos que exponen lo que ha llamado “efervescencia intelectual” que tienen origen en diferentes hechos históricos, así como el lugar político que ocupa el litigio judicial en la sociedad estadounidense, el

---

<sup>1</sup> Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador (2008); y, Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede-Ecuador (2012). Actualmente, cursa la fase de investigación del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede-Ecuador (ciclo 2017-2022). Ha ejercido su profesión como abogada en libre ejercicio, servidora pública, investigadora y docente. Es autora de obras escritas como libro y artículos jurídicos de contenido constitucional, tributario, técnica legislativa y otros. Correo electrónico: pamelaescluderosoliz@gmail.com

distanciamiento que existe entre las declaraciones constitucionales y la cruda realidad social de Latinoamérica, la movilización social que reclama derechos desde los años sesenta del siglo pasado, las decisiones judiciales sobre restricciones financieras, litigios vinculados a las condiciones de vida digna en asilos, centros penitenciarios y lugares de encierro. Así como la segregación de la educación pública que indican que despertar el debate de las restricciones financieras es central y ha revelado la erosión de la efectividad de los derechos sociales y la creciente desigualdad que se verifica en la sociedad.

De la ausencia de una relación estable entre derechos sociales y financiamiento, Horacio Corti en esta obra se pregunta ¿A qué corresponde darles más peso, a los derechos o a las restricciones financieras alegadas por el Estado? ¿Cómo debe pensarse la política fiscal, dada la existencia de un sistema de derechos cada vez de mayor importancia? ¿Cómo deben pensarse los derechos, dada su dependencia causal respecto de los recursos públicos? ¿Cuál es el valor que en definitiva les acordamos a los derechos? ¿Es inmune la dignidad de la persona consagrada en tratados y constituciones, a los cálculos financieros? ¿Es posible argumentar a partir de las restricciones financieras o se trata de una vía oblicua para el ejercicio de la razón del Estado?

En palabras del autor, este hilo de interrogantes le lleva a pensar que la respuesta podría revelar el valor real que el Estado está dispuesto a concederles a los derechos.

El autor sostiene que para alcanzar la comprensión de la problemática planteada y construir una respuesta que se acerque a proteger la dignidad de las personas, se requiere de la consolidación de un horizonte teórico que construya lo que ha denominado Teoría General de la Constitución Financiera.

Partiendo de que la complejidad del abordaje del problema implica enfrentarse a un conflicto metodológico explica que al menos existen cinco dimensiones de análisis teórico diferentes que son: a) la teoría general de la constitución financiera; b) la teoría general del derecho aplicada al derecho financiero; c) la teoría de la justicia financiera; d) las ciencias sociales financieras; y e) la comprensión histórica.

Los principios que guían la búsqueda de una Teoría General de la Constitución Financiera son unidad disciplinaria y objetividad. Mismos que consisten en unir el rompecabezas de materiales doctrinarios, normativos y jurisprudenciales dispersos en la realidad americana, latinoamericana y europea, que una vez completos le permiten al autor identificar una

relación estrecha entre el derecho constitucional y el derecho financiero con los cuales pone a discutir el valor real que los Estados han otorgado y están dispuestos a asumir para garantizar los derechos constitucionales.

A partir de la consolidación de fuentes doctrinarias de vertiente constitucional, financiera, derechos humanos y de una propuesta de comprender la Constitución con un punto de vista financiero que implica responder ¿cuánto cuesta financiar la Constitución? En la búsqueda de una respuesta, los ensayos Horacio Corti muestran los procesos históricos del derecho positivo y la doctrina financiera, así: a) la constitucionalización del derecho financiero, b) la práctica del derecho internacional de los derechos humanos sobre política fiscal, c) la creciente incorporación de reglas fiscales a los derechos positivos y; d) la experiencia judicial comparada que radica en el control efectuado por los tribunales de justicia frente al conflicto “derechos y restricciones financieras”, así como observa el comportamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina en casos concretos.

Dejando claro que no puede comprenderse una constitución contemporánea sin pasar por la constitución financiera, las conclusiones que el autor plasma en Financiar la Constitución se ocupan de: a) la vinculación

entre el presupuesto público y los derechos humanos; b) los efectos presupuestarios que pueden tener las decisiones judiciales; c) la especificación de que las instituciones financieras conforman un sistema que tiene su lógica al interior del pensamiento constitucional; d) la compleja jurisprudencia de las decisiones financieras que ameritan que el Estado pueda actuar de forma razonable y aplique tres modelos de control constitucional clasificados así: fuerte (primacía de los derechos constitucionales), moderado (reserva de lo posible, mínimo sustentable con disponibilidad financiera) y deferente (primacía de las restricciones financieras); y e) un acercamiento a la construcción de principios de política fiscal útiles para la protección de los derechos humanos.

La provocación de afrontar el dilema de la protección de los derechos constitucionales y humanos frente a las restricciones presupuestarias que implique una interpretación de la Constitución y las capacidades financieras del Estado, se plantean en esta obra y está abierta a la discusión de la academia, a los investigadores, defensores de derechos humanos, entendidos en estudios fiscales y a los actores de la creación de las políticas fiscales en particular.

# ENTREVISTAS

En esta sección se encuentran entrevistas a profesionales, académicos y personas de interés en el mundo jurídico para poder acercarnos a distintas facetas de su vida y, así conocer, cómo han logrado aunarla al Derecho. En esta ocasión, contamos con las voces de dos juezas y un juez de la Corte Constitucional del Ecuador, quienes nos permiten conocer su trayectoria, sus pasiones y desafíos.

Las entrevistas fueron realizadas por Miguel Molina Díaz, Cristina Pazmiño Carrera<sup>1</sup> y Gandhi Vela Vargas.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad San Francisco de Quito y Licenciada en Periodismo Multimedia por la misma universidad. Ha escrito para diversos medios nacionales e internacionales como EFE, El Comercio, La Hora, entre otros. Actualmente es Analista Técnico de Difusión de Derecho Constitucional del CEDEC en la Corte Constitucional del Ecuador.





## Daniela Salazar Marín:

### “El coraje sí que es un requisito de la descripción de funciones para ser jueza o juez”

Daniela Salazar es una mujer profundamente apasionada. Resulta inevitable percibir su intensidad y lucidez frente a los temas que más le cautivan: el Derecho, la docencia, la academia, pero, sobre todo, la defensa de los derechos humanos. Su vida se ha entrelazado íntimamente a esta última búsqueda, desde sus primeros pasos como estudiante universitaria hasta su posición actual como vicepresidenta de la Corte Constitucional. Una clase sobre “Temas de América Latina”, tomada en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) e impartida por el profesor José Julio Cisneros, le acercó a la historia de las graves violaciones a los derechos humanos en la región. Estudió su maestría en Derecho en la

Universidad de Columbia, en Nueva York, ha sido merecedora de las becas Fulbright y Rómulo Gallegos, y ha ejercido la cátedra en la USFQ, la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Maestría de Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe, del Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín (Buenos Aires).

#### ¿Cuál es la motivación personal que la llevó al estudio del Derecho?

Mi papá es abogado, aunque es un arquitecto frustrado, y él siempre me recomendaba que no me hiciera abogada. Creo que en parte esa rebeldía que me caracteriza y, al mismo tiempo

el haber crecido viéndolo a él ejercer la profesión, me generó esta fascinación por el Derecho. Así que es mi papá mi inspiración para seguir esta carrera.

**Luego de convertirse en abogada, estudió su postgrado en Columbia, universidad que ha formado a grandes juristas. En ese contexto, ¿qué implicó para usted la experiencia en Nueva York?**

Fue intensa, demasiado breve. Los LL.M en Estados Unidos tienen esa característica de durar únicamente diez meses y eso genera que uno no alcance a procesar todo el aprendizaje ni la experiencia, sino sólo a través de los años. En lo personal, fue mi primera vez viviendo lejos, sola y por un periodo largo, así que fue un momento de asumir mi independencia. A esa época le tengo mucha gratitud, además, porque allí conocí a quien es hoy mi compañero y mi sostén, y no creo que podría desempeñar el cargo que ejerzo y dedicarle tanto tiempo si no tuviera el apoyo de alguien tan comprometido con la igualdad como es mi pareja. En mi casa hay una igualdad completa, no existe la división sexual del trabajo que tantas desventajas genera a las mujeres.

**¿Cuál sería el aporte fundamental que dejó su paso por la CIDH?**

La comprensión que tengo hoy del Derecho y de las fuentes

del Derecho en particular está muy marcada por el aprendizaje que tuve al trabajar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hasta el año 2009; y no solo la comprensión del Derecho, de cómo funciona el Sistema Interamericano, y de las sentencias de la Corte IDH, sino que también para mí fue una época de consolidación de mis instintos iniciales respecto de los derechos humanos. Una cosa es estudiar estos temas y ser una estudiante a la que le gustan los derechos humanos, y otra cosa es ejercer la defensa de los derechos humanos, estar en contacto con las víctimas, escuchar sus testimonios y tratar de producir proyectos, informes, demandas que realmente tengan impacto en la vida de las víctimas. Fue también una época de inspiración, en la que me nutrí del ejemplo de quienes entonces eran mis colegas en la Comisión Interamericana.

**Un tema sobre lo que ha escrito bastante es la libertad de expresión, ¿qué despertó su interés en este aspecto?**

Uno de mis primeros casos grandes al trabajar para la CIDH tenía que ver con la libertad de expresión de disidentes cubanos. Era un caso enorme, que trabajé a cuatro manos con uno de mis grandes amigos, Carlos Zelada, que hoy es un reconocido académico en Perú. Así, empecé a involucrarme

con la libertad de expresión a partir de la coincidencia o suerte de que me hayan asignado ese caso en particular, al que luego le siguieron otros casos. Cuando regresé a Ecuador en 2010, el derecho a la libertad de expresión era uno de los derechos más amenazados constantemente a través de las leyes, como la Ley Orgánica de Comunicación, así como a través de prácticas de la Superintendencia de Comunicación y de las expresiones de las más altas autoridades públicas. Esa situación de derechos humanos en Ecuador a mi regreso al país, generó que varios de los casos en los que trabajé en el ejercicio privado de la profesión, así como a través de la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, se relacionen con la defensa del derecho a la libertad de expresión y de alguna forma, condujo a que siga especializándome en esta área.

### **¿Cómo fue su decantación hacia la docencia?**

Siempre me gustó mucho la docencia y al mismo tiempo la práctica del Derecho; no quería dejar ninguno de los dos. Cuando era estudiante tuve la posibilidad de ser parte de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito. Cuando fui a hacer mi maestría en Columbia tomé la clínica de mediación y la de derechos humanos; además, tomé una clase

que se abrió de manera especial sobre educación clínica y esto me marcó. Me di cuenta que era el camino para mí, es decir, poder enseñar a través de la práctica de casos reales, de interés público, con clientes de verdad; es una forma muy especial de enseñar y decidí que era algo que quería hacer y empecé a formarme para ello.

### **¿Cuáles han sido los mayores sacrificios que le han implicado asumir el rol de jueza constitucional?**

Sin duda hay un sacrificio de tiempo y quien más paga posiblemente es mi hijo Lucas, aunque siempre busco la manera de no descuidar mis responsabilidades y sobre todo de no perderme de estos años tan preciosos de su vida. También el ser funcionaria pública implica un sacrificio en la vida familiar, pues muchos aspectos de nuestra vida dejan de ser estrictamente privados. Más allá de esos sacrificios, ciertamente en este cargo he debido sacrificar algunas posiciones personales. Desde la academia podía cuestionar incluso la Constitución, hoy mi rol es defenderla. Es mucho más cómodo estar en la academia, criticando las sentencias de la Corte Constitucional desde posturas más puras o más radicales, que ser parte de un órgano colegiado en donde mis opiniones académicas muchas veces las tengo que dejar de lado, ceder y llegar a consensos mínimos

con el fin de que la Corte pueda emitir una sentencia respecto de la cual puedo tener ciertos desacuerdos, siempre y cuando contenga criterios básicos en los que la mayoría de jueces pueda confluir. También se sacrifica, lógicamente, un ámbito de la libertad de expresión, pues como jueces debemos autorestringirnos y no podemos salir a responder las críticas; por el contrario, nuestro deber es mostrar tolerancia, y absoluto respeto, porque esas críticas a la larga fortalecen a la Corte y nos fortalecen como jueces, por más que momentáneamente duelan. Finalmente, retomando el lado más personal, muchas veces las críticas provienen de personas que me juzgan no sólo como jueza, sino también como madre de familia, que al no estar de acuerdo con las decisiones controversiales que yo tomo como jueza, con las que a veces la mayoría de la población discrepa, de alguna forma tampoco están de acuerdo con mantener una relación de amistad conmigo o con mi familia. Así, he comprendido que los sacrificios que yo he aceptado, y que los asumo como naturales al ejercicio de la función pública, también tienen un impacto en mi familia, en particular en mi hijo Lucas. En todo caso, más allá de los sacrificios que a él también le han tocado, creo que algún día comprenderá las razones que motivaron a su mamá a aceptar este desafío, si no lo ha hecho ya.

### **¿Qué atributos debería tener la persona que ocupe el rol de jueza o juez?**

Creo que la lista es interminable y por dicha estoy rodeada de colegas que encarnan muchas de esas virtudes. Empezaría la lista por la honestidad, pero si tuviera que escoger uno de esa larga lista, escogería el coraje. El coraje sí que es un requisito de la descripción de funciones para ser jueza o juez en Ecuador y en cualquier lugar del mundo. Es indispensable tener valor, que no te tiemble la mano al momento de decidir, sobre todo porque eres parte de un organismo contra mayoritario, y ello implica que tus decisiones no van a ser populares para la mayoría, sino lo contrario, pero ese justamente es tu rol: emitir decisiones para proteger a las minorías. Entonces, no es un cargo para ganar amigos ni popularidad, sino lo contrario. Además, tus decisiones pueden tener un impacto enorme en el ejercicio de los derechos de las personas y en la consolidación de la democracia, y para tomar esas decisiones se necesita coraje.

### **¿Qué mensaje les daría usted a las jóvenes que quieren estudiar Derecho, y quieren ser abogadas, desde el rol suyo que tiene ahora, pero en general, desde su experiencia?**

Les diría que el cielo es el límite, pero que no se dejen desanimar ante

la adversidad. Les advertiría que va a ser más difícil, que no todo va a ser color de rosa y que no siempre las van a tratar con respeto e igualdad, eso no va a ser así. Las mujeres enfrentamos siempre más obstáculos, la violencia y la discriminación están tan arraigadas que incluso aquellas que hemos sido privilegiadas de muchas maneras experimentamos cotidianamente las distintas manifestaciones de la cultura machista que nos rodea. Sin embargo, con perseverancia y trabajo se puede

llegar tan lejos como una se propone. Les recomendaría que cuando estén ante personas que duden de sus capacidades por el solo hecho de ser mujeres, porque sé que esas personas van a aparecer en sus caminos, simplemente dejen que su trabajo hable por ellas.

### **Cuestionario de Proust**

**¿Cómo definiría cuál es el principal rasgo de su carácter?**

Apasionada.

**¿Cuál es la cualidad que aprecia más en otro ser humano?**

Diría que la humildad, empatía, y compasión.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los demás seres humanos?**

El fanatismo, la intolerancia; en definitiva, el fanatismo que lleva a la intolerancia.

**¿Cuál es la profesión u oficio favorito, pero ajeno al suyo?**

La medicina, sin duda.

**A criterio personal, ¿cuál sería la peor desgracia para una persona?**

La privación de libertad, sobre todo en condiciones como las del Ecuador, en donde estar privado de la libertad involucra tantas otras formas de perder tu dignidad y conlleva someterte a múltiples formas de violencia, inclusive violencia sexual, tortura, entre muchos otros.

**¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?**

Soy muy ecléctica en cuanto a mis gustos musicales. Lo que me gusta de la música es esa capacidad que tiene de cambiarme el ánimo.

### **¿Cuáles serían sus autores favoritos de literatura?**

Hay libros que te marcan y a los que regresas, como *El Principito*, que es un libro al que uno siempre regresa y sorprende. Me gustan libros que no son puramente ficción, por ejemplo, *El olvido que seremos* de Héctor Abad, y me encanta leer biografías.

### **¿Cuál sería su la heroína o héroe del mundo real?**

Más que escoger una heroína o héroe, yo prefiero las luchas colectivas, sobre todo aquellas que transforman realidades y conquistan derechos, desde abajo, desde las calles, desde el anonimato.

### **¿Su pintor preferido?**

Mi pintora predilecta es mi mamá. Es artista, pinta, hace también esculturas en cerámica y, pues, no puedo pensar en alguien más: Alba María Marín.

### **¿Cuál es la figura histórica que más detesta?**

En general, pasan por mi mente personas que han abusado del poder, los clásicos dictadores: Mugabe, Husein, obviamente Hitler y Stalin, y todos sus aprendices en América Latina.

### **¿Un hecho histórico que admire?**

Se me ocurren la lucha por alcanzar el voto de las mujeres o por dar de baja leyes de segregación racial, como el Apartheid; en definitiva, los momentos en que la humanidad se ha unido para cambiar situaciones de discriminación.

### **¿Cómo le gustaría que sea su muerte?**

Hace unos meses perdí a mi abuelita y cuando falleció estábamos todos junto a ella. Ella en su cama, rodeada de sus cinco hijos, y estábamos las nietas y nietos, todos alrededor de ella, tomándole la mano, cantando, acompañándola porque sabíamos que eran sus últimos minutos. Cuando pasó esto me dije: que lindo, me encantaría morir así. Que me mimen y me besen y me tomen de la mano mis seres más queridos y más cercanos mientras me apago. Fue una muerte muy bonita.

### **¿Qué defectos le inspiran más tolerancia?**

Diría que la ambición es un defecto que tolero, tal vez la entiendo más que otros.

### **¿Tiene un lema de vida?**

No tengo uno, pero tengo ideas que siento que repito casi todos

los días, sobre todo en los últimos dos años como jueza: “página en blanco”; “*babysteps*”; “escoge tus batallas”. Así, empiezo todos los días con la página en blanco, sin guardar rencores, dispuesta a dar pequeños pasos y convencida de que para dar esos pequeños pasos es necesario escoger las batallas. Sé que falta mucho por construir y a veces eso es frustrante; una quiere cambiar muchas realidades a través de las sentencias, pero yo parto del reconocimiento de que las realidades no se cambian desde arriba, sino desde abajo, entonces yo misma me regulo un poco esas expectativas y me concentro en que estamos dando pasos pequeños. Sigo escogiendo batallas, pasando páginas. No sé si es un lema de vida, pero es como estoy viviendo estos años particulares de mi vida.



## Alí Lozada Prado: “La independencia es lo que hace que tenga legitimidad el ser juez, que tenga sentido”

Alí Lozada ama genuinamente la filosofía. Tras dialogar con él, resulta inevitable advertir cómo su carácter reflexivo, inquisitivo y ávido de respuestas se presenta en todas las áreas de su vida. Sin embargo, estas características no lo convierten en un ser ajeno y distante, en un mero observador externo; por el contrario, logra cuestionamientos desde su propia humanidad y muestra una auténtica preocupación por las distintas realidades. Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y, posteriormente, continuó sus estudios superiores en España donde vivió por catorce años. Hizo su Maestría en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante, en la misma universidad, obtuvo su doctorado (equivalente a PhD) en Derecho Público y Método Jurídico. Adicionalmente, se ha dedicado a la

docencia universitaria y ha realizado distintas publicaciones académicas, una de ellas con el jurista y filósofo del derecho español Manuel Atienza.

**¿Cuáles son esas otras disciplinas o áreas que hay aparte del Derecho con las que usted dialoga?**

Parto de una distinción que hacía Bobbio entre lo que sería la Filosofía del Derecho de los filósofos y la de los juristas; me interesa la Filosofía del Derecho de los juristas. En ese sentido, mi perspectiva iusfilosófica es desde el Derecho, aunque en diálogo con otras disciplinas: desde luego con la Filosofía general, pero también con las ciencias sociales. La Filosofía del Derecho me parece relevante para la práctica porque los problemas importantes en el Derecho terminan siendo problemas filosóficos. Las grandes

discusiones que hay a nivel de cortes constitucionales, por ejemplo, acerca de la constitucionalidad del aborto o sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, son cuestiones que, finalmente, terminan correspondiendo a un determinado problema filosófico; ya sea desde la perspectiva de la Teoría de la Justicia, de cuestiones morales, de la Teoría del Derecho y de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Entonces, el dialogo con la Filosofía es importantísimo, imprescindible y debería estar en la base de la formación del jurista. Dworkin tiene un artículo que se titula “¿Deben los jueces ser filósofos, pueden serlo?”; allí se plantea esta cuestión de la relación del razonamiento judicial con el razonamiento filosófico y llega a concluir, desde una perspectiva estricta, que un juez no tiene por qué ser un filósofo profesional; pero que, sobre todo en las cortes constitucionales, en los casos más difíciles, el razonamiento jurídico termina conectándose con la ética, la moral y el la Filosofía del Derecho.

### **¿Cuál es la retroalimentación entre ética moral y Derecho?**

Mi concepción es post positivista y consiste en ver al Derecho como una práctica social en la que por supuesto se va construyendo y reconstruyendo un sistema de normas. Pero, fundamentalmente, el Derecho es esa praxis social de tipo argumentativo, es decir, que consiste en plantearse

preguntas, problemas, cuestiones y en responder a esas cuestiones a través de tesis que se defienden con fundamento en ciertas razones; ese es el juego del Derecho. Quien presenta una demanda, por ejemplo, lo que propone es una pregunta, un problema jurídico. El juez cuando dicte sentencia tendrá que hacerse cargo de la misma pregunta y tendrá que sostener una tesis y tendrá que dar razones para eso en la motivación; ese es el juego argumentativo. Podemos ver incluso el proceso judicial como un gran debate complejo que se da entre las partes y los juzgadores.

### **¿Cómo vivió el retorno a Ecuador?**

Estuve quince años fuera del país: el último año estuve en Chile y los demás en España. En algún sentido, nunca me fui del Ecuador, mis preocupaciones estaban aquí, en los problemas que afrontaba el país; no hubo en todo ese tiempo un día que no pensara en el Ecuador. Siempre tuve en mente que los años que estuve fuera me alejaron de determinadas experiencias, pero al mismo tiempo me permitieron tener una perspectiva externa de lo que pasaba y eso es algo que en algunos casos me daba una ventaja frente a quien estaba sumido en una perspectiva exclusivamente interna. Además, fueron años políticamente muy intensos y, entonces, las personas que eran líderes de opinión y que eran actores institucionales formaban parte de discursos que estaban en tensión

con otros. Yo, de alguna manera, era forzosamente un analista externo y esto no quiere decir que no tuviera posiciones, convicciones, sobre lo que pasaba o sobre lo que dejaba de pasar, pero sí me dio esa perspectiva de quien ve las cosas desde afuera. Por eso, cuando regresé para incorporarme a la Corte, no me resultó muy complicado adaptarme porque Ecuador no era un país extraño para mí, era un país que lo tenía pensado. De alguna manera, aunque suene paradójico, la distancia me permitió poder operar con conocimiento de causa, de lo que ocurría. Desde luego, también fue un proceso de adaptación con dificultades, porque claro, catorce años son muchos, pero también en este tiempo me había hecho de muchas herramientas conceptuales, teóricas para poder leer los problemas del Ecuador, leer las dificultades institucionales que atravesaba. Una cosa que me favoreció mucho en esa reinserción es que se trataba de la Corte Constitucional, si hubiese sido un órgano distinto, un órgano que estuviera más vinculado a las políticas públicas, hubiese sido mucho más difícil; pero al ser la Corte Constitucional, es decir, al ser un órgano de dirimencia de conflictos institucionales y no un actor institucional democrático como tal, creo que los años fuera me ayudaban para reforzar mi independencia.

## ¿Qué atributos debe tener un juez?

Un juez debe perseguir un cúmulo de virtudes que más o menos son conocidas en la deontología judicial. Más bien quisiera recalcar algunas que me parecen importantes en el contexto ecuatoriano, sobre todo. La primera que debo mencionar es la independencia. Un juez debe tener el atributo de la independencia, esa es una cuestión constitutiva de ser juez, significa que la fuente de legitimación de sus decisiones es su adhesión al Derecho. La independencia es lo que hace que tenga legitimidad el ser juez, que tenga sentido. Si alguien está representando intereses particulares, pues entonces es un infiltrado. La segunda cosa, especialmente en un juez constitucional, es la prudencia dentro de la cual tiene que haber una actitud de auto-restricción. También, en nuestro contexto, la valentía, que significa que el juez no debe ceder al peso de la opinión pública; que cuando tenga una convicción, puede que esta sea impopular, pero si es independiente, no va a ceder porque un juez no representa a nadie, solo responde al Derecho. Esto no es sencillo porque tampoco hay que ser temerario, un juez también debe ser prudente. El juzgador debe ser consciente que si una decisión va a incendiar completamente al país también debe tener auto-contención. Entonces, fíjense que es un juego de equilibrio entre distintas virtudes.

**¿Escucha música para trabajar y qué tipo de música es de su preferencia y por qué?**

Escucho mucha música cuando trabajo. Dependiendo del grado de concentración que requiera, escucho diversidad de géneros. Hay momentos, por ejemplo, que me anima mucho y que me viene bien escuchar salsa. Pero, lo más frecuente es la música clásica. Me gusta de todos los períodos, pero cuando tengo que escoger por dónde empezar a escuchar, me viene bien empezar con el barroco, Bach, por ejemplo, es algo que me inspira bastante para empezar a trabajar. No sé por qué de unos cinco años acá es como una necesidad vital esto de la música y, lamentablemente, no tengo una gran cultura musical, sobre teoría musical, técnica de la música, pero soy muy aficionado y, la verdad, es que soy muy promiscuo en cuanto a los géneros musicales, puedo escuchar de todo.

**¿Qué películas considera fundamentales para reflexionar sobre Derecho?**

“Doce hombres sin piedad” es fantástica para ver al Derecho como práctica argumentativa en casos penales. Todo se desarrolla prácticamente en una sola locación, todo el color que tiene la película y la trama, todo se basa en la palabra. Otra estupenda es “Amistad”, es la obra de un barco que trasladaba esclavos, esa me parece extraordinaria desde el punto de vista de los temas sustantivos que están implicados: la libertad y la justicia. También, una serie formidable es “The good wife” o “La buena esposa”, el tema es la litigación, pero cada episodio parece hecho por un profesor de Derecho; es como una clase para alumbrar algún tema en particular. Hay temas de los más variados, que tienen que ver con la propia litigación, con el interrogatorio, la controversia entre derechos; en fin, es una serie que recomiendo mucho.

### **Cuestionario de Proust**

**¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?**

La búsqueda de precisión.

**¿Qué cualidad es la que más aprecia en otro ser humano?**

La bondad.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los seres humanos?**

La deslealtad.

**¿Cuál es su profesión fuera del que ejerce o ha tenido vinculación directa?**

Me habría gustado ser un médico clínico, no un cirujano, sino uno que diagnostica.

**¿Cuál es la peor desgracia que le puede suceder a un ser humano?**

Una discapacidad profunda.

**¿Cuál es su compositor predilecto?**

Bach, el clásico barroco.

**¿Cuáles son sus autores favoritos de literatura?**

García Márquez porque recrea en sus novelas a Latinoamérica, a ese mundo enigmático; por extensión, los autores del boom latinoamericano. También disfruto mucho de las novelas históricas, especialmente, de Vargas Llosa.

**¿Cuál es su héroe o heroína predilecta de la vida real?**

Sin duda, son mis padres, no porque sea una respuesta prefabricada, sino que me han hecho disfrutar de la vida, sentir que vale la pena. No solamente cumplieron con sus deberes de padres, sino que hubo un elemento de heroicidad, de ir más allá del deber.

**¿Cuáles son sus héroes del mundo de la ficción?**

Ninguno porque para evaluar la heroicidad es necesario referirse a algo real.

**¿Cuál sería su pintor predilecto?**

Van Gogh, porque de alguna manera construye un universo que se explica, que se auto-contiene. Sus cuadros no solamente presentan un cromatismo extraordinario, genial, sino que transmiten textura por la técnica que emplea post expresionismo. Me fascina.

**¿Cuál sería la figura histórica más detestable a su criterio?**

No me podría decantar por nadie en particular. Son procesos históricos muy complicados y profundos los que generan las grandes desgracias históricas, los grandes genocidios y no quisiera atribuirlo a una figura. Eso llevaría a buscar un chivo expiatorio, de lo que la humanidad debe hacerse cargo.

**¿Cuál es un hecho histórico que admire?**

Los juicios de Núremberg por su planteamiento jurídico en conexión con lo moral. En esos juicios se hizo un gran esfuerzo para establecer de qué manera los casos de extrema

injusticia, aunque en un momento podían haber estado legitimados por el Derecho vigente, no lo estaban en términos definitivos y que siempre cabe la posibilidad de juzgarlos. Eso está en la base del constitucionalismo contemporáneo.

**¿Cómo le gustaría a usted que llegado el momento sea su muerte?**

Indolora física y psíquicamente.

**¿Qué defectos le inspiran más indulgencia en otras personas?**

La inconstancia y la debilidad de voluntad.

**¿Cuál es su lema de vida?**

No tengo un lema, tengo una continua búsqueda de un lema. Las personas cambiamos, vamos transformándonos, recreándonos y eso quizá es lo que me ha impedido tener uno.



## Carmen Corral Ponce:

**“Si bien el juez debe ser objetivo, independiente, imparcial, también tiene que entregarse al caso que está resolviendo”**

Dialogar con Carmen Corral produce serenidad y un sentido de articulación de las formas. Precisa, organizada y discreta, su personalidad parece contar por sí sola la historia de las decisiones que ha tomado a lo largo de su vida. Desde el colegio sintió una fuerte inclinación por las ciencias exactas, especialmente por las matemáticas, sin embargo, se decantó por el Derecho porque en él encontró la versatilidad suficiente para aunar la estructura y el orden y, sobre todo, su inclinación por la ayuda social. Se graduó como abogada en la Pontificia

Universidad Católica del Ecuador. Posteriormente, estudió una Maestría

en Derecho Común en la Universidad de Georgetown y, adicionalmente, obtuvo otra magistratura en Derecho Internacional Bancario en la Universidad de Boston. Tras culminar sus estudios superiores, regresó al Ecuador y se desempeñó en el sector público, privado y en la docencia universitaria. Como funcionaria pública, fue Intendenta Nacional y Directora Nacional de Seguridad Social.

**¿Qué figura fue fundamental en su decisión de convertirse en abogada?**

Mi papá, mi abuelo, mis tíos fueron abogados y siempre vi con admiración la profesión, sobre todo porque puede ser muy versátil. Pero, es mi padre,

a quien admiro mucho, él ha sido mi ejemplo a seguir.

### **¿Qué es lo que llevó a que se decante por el Derecho a la Seguridad Social?**

La vida te pone frente a las circunstancias menos esperadas. En la universidad no me encantaba la materia de seguridad social. Cuando escogí mis especializaciones, opté por el Derecho Bancario, Financiero y Bursátil; y en esas áreas enfoqué mis estudios. Cuando regresé de hacer mis postgrados, el Superintendente de Bancos de esa época, Miguel Dávila, un gran profesional, me asignó la responsabilidad de estructurar el área de control de la seguridad social en la Superintendencia. Él me llamó y me dijo: he visto tu currículum y quisiera que te hagas cargo de esta nueva área. Mi primera reacción fue de desaliento, porque no era exactamente lo que estudié, pero no se la expresé en ese momento, fue más un sentimiento interior. Mi esposo me dijo: mírala como una oportunidad porque es un área nueva que tiene necesariamente que desarrollarse y corregirse en el país. Y así fue, cuando me decidí por asumir las nuevas funciones, estudiar y profundizar en la materia, y constatar lo que se había hecho y dejado de hacer en el sector de la seguridad social en Ecuador; entonces comprendí realmente la magnitud e importancia del tema y justamente

tenía ese componente social que me había motivado a estudiar Derecho. Sabía que, como organismo de control, estábamos, por ejemplo, poniendo en regla al IESS y analizando si determinada resolución afectaba a los afiliados, o alguna otra afectaba a los jubilados. Cuando desarrollamos toda la normativa de control, sentía que estábamos realmente ayudando a las personas; entonces me sentí muy realizada con la materia y por eso es que me gustó mucho, la profundicé y así es como me fui especializando en esta área. Esa es un poco la historia y camino que me llevó al área de seguridad social.

### **¿Cómo sus estudios de posgrado en Derecho Financiero o Bancario han sido herramientas útiles en su aproximación al Derecho Constitucional?**

Ese fue uno de mis dilemas cuando se abrió el concurso para la Corte. Después de la Superintendencia de Bancos, en el libre ejercicio de la profesión, hice mucho Derecho Constitucional, de la mano del Derecho Laboral y del Derecho de la Seguridad Social, pero, efectivamente, yo no me especialicé específicamente en Derecho Constitucional. Entiendo que la visión del Doctor Trujillo para la conformación de la nueva Corte Constitucional fue que confluyan distintas visiones y vertientes del Derecho para tener un conjunto de

jueces que se complementen con las distintas especializaciones que se demanden para resolver los casos constitucionales. Y vemos a diario que eso pasa muchísimo porque varias causas tienen que ver con Derecho Laboral, también hemos tenido muchos casos de seguridad social, yo misma tengo ahora un caso en materia financiera, hay casos en materia tributaria, etc. Entonces, la verdad es que la necesidad de conocimientos amplios y especializados en la Corte Constitucional es evidente, y por ello, creo que mis especializaciones profesionales han sido un buen complemento con el Derecho Constitucional y con los casos que nos ha tocado resolver. Hay una doble vertiente en la experticia, verlo desde lo académico es una cosa y ya en el papel jurisdiccional es otra.

### **¿Qué atributos debe tener una jueza/ un juez?**

Esa es una pregunta complicada porque yo, personalmente, nunca había considerado ser jueza. Por eso digo que la vida te pone frente a circunstancias que uno no se imagina y hay que tomarlas u optar por otros caminos. Sin embargo, hoy mirándolo en perspectiva, creo que dos de los atributos principales de quien administra justicia son la objetividad y la independencia, porque cuando uno lee los hechos de un caso, las dos

partes creen tener la razón, entonces, creo que esa imparcialidad es lo que debe guiar a un juez. Y, también, creo que otro atributo debería ser poner el alma a la resolución de un caso, porque si bien el juez debe ser objetivo, independiente, imparcial, también tiene que entregarse al caso que está resolviendo, en el sentido de entrega y dedicación. Entendiendo que, más allá de la dedicación y las horas que uno pone a cada caso, existe la convicción y la vocación de servir a los demás, a través de la correcta administración de la justicia.

### **¿En el ejercicio del Derecho y el en rol de jueza qué ha sido personalmente lo más difícil?**

Los temas sensibles me han costado mucho, los temas polémicos, también el hecho de estar en minoría. Debo ser sincera, por mi visión personal del Derecho en temas sensibles, me ha costado mucho asimilar la decisión de la mayoría en ciertos temas en los que yo he tenido una posición distinta. El asunto de la cantidad de trabajo acumulado que nos ha tocado despachar, por el volumen de causas pendientes que dejó la Corte anterior, es un tema que también ha sido difícil de afrontar; porque eso ha implicado sacrificios personales y familiares como tener que dedicar fines de semana a la lectura de los casos y sentencias, seguir estudiando y aprobando proyectos. Es

decir, es un tema que no acaba ni da tregua, esos dos aspectos creo que son los que más me han costado. Y vale mencionar también lo difícil que resulta asimilar que casi siempre hay una parte inconforme, a la que no se le dio la razón y que no va a quedar contenta.

### **¿Cuál es el papel que debe cumplir un buen abogado en la sociedad?**

Me parece que un buen abogado tiene que ser honesto y dar lo mejor en todo sentido y sobre todo en el estudio de los casos y causas a su cargo. Es decir, si se le presenta un caso, que lo estudie a profundidad y de manera honesta indicar al cliente o representado si tiene o no posibilidades de éxito o cual sería el mejor camino a seguir; me parece que eso es fundamental. Lo principal es que el abogado sea honesto y estudioso en lo que va a ofrecer a su cliente y que, obviamente,

busque siempre la mejor manera de ayudar sin dañar a los demás.

### **¿Tiene algún hobby o algo que en general le permita salirse un poco de los temas del trabajo?**

A mí me hubiera encantado poder cantar, pero no canto a pesar de ser cuencana. Mis papás, mi hermano, mi hijo y mi hija cantan. Mi hijo toca la guitarra, mi papá igual. Me gusta escuchar música. Pero lo que más me ayuda a desconectarme un poco de los casos es caminar. Trato de caminar todos los días en la mañana temprano, en el parque que está frente de mi casa. Eso sí me ayuda mucho, el respirar, la naturaleza, lo poco de la naturaleza que hay en la ciudad; se escuchan los pajaritos, es un ambiente diferente que el de la casa sentada frente a la computadora. Trato de caminar a diario unos veinte minutos o media hora, eso me ayuda mucho.

## **Cuestionario de Proust**

**¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?**

Yo diría que soy alegre.

**¿Qué cualidad aprecia más en otro ser humano?**

La sinceridad.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en otros seres humanos?**

La mentira.

**¿Cuál sería el oficio que más desearía realizar ajeno al propio?**

Cantante.

**¿Cuál sería la peor desgracia que le puede pasar a un ser humano?**

Ser malagradecido con sus padres.

**¿Cuál es su compositor preferido?**

Me encanta el compositor de Cinema Paradiso que es Ennio Morricone, la composición de esa película realmente me encanta y la podría oír cien veces.

**¿Cuáles serían sus autores predilectos de literatura?**

Me gustan algunas mujeres: Ángela Becerra, Isabel Allende, María Dueñas, de ellas he leído muchos libros.

**¿Quién es su héroe o heroína predilecta del mundo real?**

La Madre Teresa de Calcuta.

**¿Qué personaje heroico también le produce admiración, pero del mundo de la ficción del cine, de la literatura?**

En la literatura, admiro a Jo March del libro *Mujercitas*. En el cine, a Obi-Wan Kenobi, soy fan de Star Wars.

**¿Cuál es su pintor favorito?**

Me encanta Van Gogh.

**¿Cuál es la figura histórica que más rechazo le genera a usted?**

Hitler.

**¿Cuál sería el hecho histórico o acto histórico que más admire?**

Cuando el hombre llegó a la luna.

**¿Cómo le gustaría a usted que llegue el momento de su muerte?**

Me gustaría quedarme dormida.

**¿Qué defectos de otras personas le generan a usted mayor indulgencia?**

La impuntualidad.

**¿Cuál sería su lema de vida?**

No sé si de vida, pero si hay una frase que siempre repito es "Si es que no tienes nada bueno que decir de otras personas, es mejor no decir nada".

# VARIETÉ

Esta sección presenta los trabajos más interesantes escogidos tras el proceso de convocatoria y arbitraje, a través de los cuales se demuestra cómo el Derecho puede comulgar con otras disciplinas: la literatura, el cine, la poesía, entre otras. Asimismo, en este apartado, se obtiene una mirada sobre profesionales del Derecho que han encontrado otros espacios de expresión artística y estética.



# COLUMNA

## Escritura en Pandemia: La Chica Hiedra

**Por:** Susana Vaca Fuentes<sup>1</sup>

“Un libro es un sueño que tienes en tus manos”

Neil Gaiman

Gran parte de mi vida me debatí entre lo estricto de la ley y el mundo de los sueños. Pensaba que no era fácil reconciliar estas dos partes tan arraigadas en mi interior. Como les ha pasado a muchos colegas, mi primer anhelo de escribir tuvo relación con materias de Derecho, encaminadas a plasmar experiencias, mejores prácticas o incluso críticas a normas que necesitaban algún ajuste, pero la inspiración se tornaba esquiva y evitaba que pasara de la primera página. Debido a esto, puse esa meta, sin embargo, siempre pensé que amar las letras no era diferente a amar mi profesión.

Con la pandemia se presentó la oportunidad de demostrar que el tiempo es relativo y que las noches no solo se hicieron para dormir, sino también para soñar despiertos en

mundos y personajes que podían servir de inspiración y compañía para otro insomne. Como dice el Dr. Wayne W. Dyer en su libro *El poder de la intención*, “cuanto más des de ti mismo, por poco que sea, más abrirás la puerta para que la vida entre a raudales”; y así, entraron a raudales las ideas que me dieron la oportunidad de convertir un sueño, literalmente hablando, en la historia que ahora entrego al mundo transformada en un libro.

Mi libro, *La Chica Hiedra* vio la luz en enero de 2021, en ella moldeo un mundo anterior a los avances tecnológicos. El primer párrafo del capítulo *Nacimiento* describe el escenario como una historia vieja que data “(...) de una época en que las personas no tenían las marcas de la tecnología y la globalización que las han acercado a una pantalla y alejado

<sup>1</sup> Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Ha trabajado en múltiples áreas del Derecho Administrativo, desempeñándose actualmente como Directora Nacional de Asesoría Legal.

de su prójimo, una época en que las conversaciones se daban mirándose a los ojos y las reuniones se hacían caminando a la casa del anfitrión, una época en que las amistades eran de corazón”. La trama se desenvuelve en un país hundido en los estragos de una posguerra. El egoísmo y el desinterés son el factor común entre los habitantes que pululan en las ciudades devastadas, pero aún allí hay islas de amor y resistencia que dan vida a la protagonista.

Ivy es una más de los “niños de la guerra”, quien, tras perder a sus padres, es ingresada a un orfanato. Su vida se enmaraña cuando, forzada por acontecimientos externos, se aleja de la seguridad de su hogar, y se ve obligada a recorrer calles que solo le presentan puertas cerradas. La ayuda aparece en el lugar más improbable cuando conoce a Chad, un joven con deficiencia auditiva. Sin embargo, la protagonista encuentra un nuevo vericuetos cuando su ingenuidad la convierte en víctima de una persona que se aprovecha de niños y jóvenes para mantenerlos trabajando como esclavos. Esta es una historia sobre la amistad, la compasión y la empatía; también sobre las secuelas más duras de la guerra, de la indiferencia y el egoísmo; pero, ante todo, es la jornada de una niña que, como la hiedra, aprende a crecer, a escalar las dificultades, a aferrarse a la vida. Es

el relato de todos los que al igual que esta planta, en medio de la pandemia y de la adversidad, seguimos buscando un poco de luz.

*La Chica Hiedra* viene de dos sueños: el primero, fue fruto de una de las tantas historias que mi cerebro me ha permitido recordar luego de dormir y, el segundo y más importante, el de entregar al mundo una historia escrita por mis propias manos. Espero con ello portar un mensaje para quienes tienen el mismo deseo: querer es poder. La carrera del Derecho, para quienes como yo la consideran un tesoro precioso, no nos impide volar a zonas menos pragmáticas, pero no por ello menos creadoras de un mundo mejor.

# ENSAYOS

## La princesa Mononoke y la cuestión criminal

**Por:** Washington Fernando Calderón Sánchez<sup>1</sup>

### Resumen

El mundo cinematográfico permite retratar desnuda a la sociedad, así como también, proponer escenarios utópicos que en la realidad cotidiana resultan difícil de imaginar. Es por ello que la película japonesa *La princesa Mononoke* es un ejemplo práctico-metafórico de cómo la cuestión criminal puede ser abordada con mínima intervención penal frente a delitos en los que posturas políticas disímiles encuentran su máxima expresión punitivista, lo que provocará eventualmente la debacle de la sociedad.

Este ensayo busca encontrar una reconciliación entre posturas políticas disímiles al momento de enfrentarse en el espectro jurisdiccional, así como

en el meramente social, para lo cual, la metáfora será una herramienta discursiva idónea destinada a plantear el problema central y sus efectos en la realidad: punitivismo y crisis carcelaria.

### Palabras clave

Princesa Mononoke, punitivismo, mínima intervención penal, prevención general negativa, polarización

---

<sup>1</sup> Washington Fernando Calderón Sánchez, abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. Especialista y Magister (c) en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Actual servidor público como analista en la Corte Constitucional del Ecuador en el área de Secretaría General, con intereses académicos en la criminología, políticas criminales y el derecho penal.

## 1. Introducción

El derecho penal ha sido visto históricamente como la solución a la cuestión criminal, y ya lo hemos visto así desde la criminología clásica<sup>2</sup>, la cual se suponía haberse superado; sin embargo, actualmente sigue manteniéndose en el discurso cultural, tanto del ala de izquierda como de derecha<sup>3</sup>, encontrándolo en propuestas esgrimidas por ciertos grupos del feminismo de izquierda<sup>4</sup> como la pena de muerte<sup>5</sup>, castración o cadena perpetua para los violadores, o por grupos de derecha como la penalización de la mujer que aborte en determinadas condiciones<sup>6</sup>.

Al ser las leyes penales el resultado de intrincados debates legislativos de bandos muchas veces opuestos, cuyo fundamento deviene eventualmente de la preocupación de la población respecto a la cuestión criminal, resulta interesante analizarlo a la luz de su dimensión cultural; para lo cual, el arte cinematográfico constituye un instrumento efectivo para otorgar un rostro a las tendencias políticas

de izquierda y de derecha, así como para reconocer a quién debería ser invocado como protagonista de la vida social: la justicia; y en su momento más pesimista, el derecho penal.

*La princesa Mononoke*<sup>7</sup> es una película japonesa escrita y dirigida por Hayao Miyazaki, que nos muestra valores como la solidaridad, empatía, lealtad, cooperación y sobre todo el perdón. Sin embargo, el análisis que será realizado de la película es respecto a la violencia que se encuentra presente en las personas y la negación de la otredad. Esta violencia puede ser reconocida en cualquier época histórica de la humanidad, ya sea el feudalismo, que sería un símil a la época en la que se encuentra ambientada la película, o incluso la actual *modernidad tardía*, que ha decido de Byung Chul Han, se encuentra gobernada por diferentes tipos de violencia<sup>8</sup>.

## 2. La etiología del delito y la misión de Ashitaka

La historia de la película empieza cuando el príncipe *Ashitaka* tiene que

2 Sin perjuicio de reconocer que la criminología clásica entendía que era más humano una pena privativa de libertad que la tortura o mutilaciones corporales, que era la forma de punir los delitos hasta ese entonces.

3 Realizo esta distinción en principio aparentemente maniqueísta para encontrar la necesidad imperiosa de posicionar políticamente las políticas criminales en un determinado bando, acorde a lo sugerido por Duncan Kennedy en su libro *La enseñanza del Derecho* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), y así poder reconocer en los matices una solución reconciliadora a la cuestión criminal.

4 Se deja salvo de este análisis la defensa del feminismo de la izquierda realista que entiende que el derecho penal y el punitivismo no solucionan el problema de la violencia contra la mujer.

5 Noticias relacionadas con dicha propuesta pueden ser vistas en los siguientes links y abarcan propuestas realizadas por hombres y mujeres de izquierda: <https://navarra.elespanol.com/album/navarra2/manifestacion-feminista-pamplona-pena-uerte/20180628100406201604.html>, <https://www2.elmercurio.com.ec/2020/02/25/diputados-mexicanos-piden-pena-de-muerte-para-violadores-y-femicidas/>.

6 Noticias relacionadas con dicha posición pueden ser vistas en los siguientes links: <https://www.elcomercio.com/actualidad/movilizacion-grupos-provida-codigo-salud.html>, <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/09/26/nota/7991926/grupos-provida-analizan-porque-estaban-favor-veto-codigo-salud/>.

7 Hayao Miyazaki, *La princesa Mononoke* (Japón: Studio Ghibli, 1997) DVD o Netflix, 135:00.

8 Byung-Chul Han, *Topología de la violencia*, trad. Paula Kuffer (Barcelona: Herder, 2017), 9.

defender su aldea del ataque de un jabalí gigante, que es un dios del reino de la naturaleza conocido como *Nago*, quien perdió el raciocinio a causa de las heridas que le infligieron personas de otro pueblo. *Ashitaka* logra asesinarlo, no sin antes ser lastimado, y en medio de la agonía el dios *Nago* maldice a los humanos. Al llegar la noche la anciana sabia del pueblo revela que el dios jabalí fue envenenado de ira al recibir un disparo por los humanos; y *Ashitaka*, al haber sido herido por *Nago*, sufrirá de una maldición-enfermedad que se manifestará en su brazo derecho y por ello deberá ir a buscar la causa por la cual hirieron al jabalí y quizá así, curar su brazo contaminado.

Tal como sucedió en la etapa primigenia de la criminología en la que se empezó a indagar acerca de las razones por las cuales las personas delinquen, *Ashitaka* deberá buscar las razones por las cuales el jabalí atacó su pueblo, siendo merecedor de una pena; alejándose descuidadamente de las variables exógenas que rodean al delincuente, poniendo en el centro del debate y argumento de la película, a esta única etiología,

Para los fines didácticos respectivos, se reconoce que *Ashitaka* representa al derecho penal como eje fundamental de la justicia, y como se verá más adelante, este evolucionará a *justicia*. Esta personificación del derecho penal no es otra cosa que una introspección de sus propias falencias<sup>9</sup> y razones por las cuales castiga<sup>10</sup>.

Antes de comenzar su viaje, *Ashitaka* es advertido por la anciana sabia del pueblo: el veneno de una herida pudrió su carne, el mal se apoderó de él y lo enloqueció, convirtiéndolo en un monstruo<sup>11</sup>. De estas palabras se identifica fácilmente lo que sucede con una persona (en este caso humanizaremos al animal-dios) cuando actúa sobre él un tipo de violencia, siendo en este caso la violencia física<sup>12</sup>.

*Ashitaka* conforme va avanzando en su camino por encontrar la causa de su maldición, atraviesa un pueblo que es atacado por ninjas, y éste en el afán de evitarlo, dispara una flecha para asustarlos y huyan del lugar; pero la maldición que pesa sobre su brazo derecho, que fue herido por el dios jabalí, toma el control de sus acciones y

9 Ejemplo claro de las falencias del derecho penal positivado lo encontramos en los efectos de las penas en las personas privadas de la libertad, a quienes constitucionalmente se les encierra bajo la promesa estatal de rehabilitarlos, cuando en realidad lo que hace es menoscabar sus derechos, tal como puede ser visto la sección III *Hechos y contexto de los casos acumulados* de la *sentencia 365-18-JH y acumulados* de 24 de marzo de 2021, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

10 El derecho penal será visto en este aspecto como aquella entidad que se ha impresionado al ver los efectos que producen sus penas en las personas (e incluso ecosistema en general) y es por ello que recogerá sus pasos para saber qué hizo mal para tener que recurrir a una pena: camino hacia la etiología del delito y la pena.

11 Miyazaki, *La princesa Mononoke...*, 8:06.

12 Si bien es cierto que no es posible generalizar los casos de violencia reproducida, en la *sentencia 365-18-JH y acumulados*, se puede evidenciar que el ecosistema penitenciario, reproduce la violencia, y tal es así que en el voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría, párr. 14, se recuerda que si una persona es puesta en una *situación* con condiciones particularmente violentas y además es aupada por un *sistema* con valores negativos, ésta se verá constreñida por dicha *situación* y *sistema*.

los ataca sin piedad, llegando a mutilar los brazos de uno de ellos y decapitar a otro. En este sentido el derecho penal (*Ashitaka*) deja de ser de *ultima ratio* y utiliza el castigo como primera opción, dejándose consumir por la ira y la venganza, considerando a un delincuente como una no-persona y por ello no se deberá aplicar sobre él los derechos y garantías que sí se aplicarían a alguien que sí se considera persona. A todas luces lo anterior sería la aplicación del derecho penal del enemigo, que a decir de Pavarini, “es una solución a la criminalidad en la que el irrespeto a los derechos de los criminales no estaría del todo justificado ya que se estaría asumiendo la categoría de humanidad en base a la normativa y no a la humanidad per se”<sup>13</sup>.

Conforme avanza su viaje, *Ashitaka* rescata a dos aldeanos de la *Ciudad de Hierro* que fueron heridos en un enfrentamiento. En esta aldea descubre que la persona que está a cargo fue quien ordenó el ataque al dios jabalí *Nago* y en efecto, esta fue la causa por la cual él tiene la maldición que le contagió el jabalí. Quien regenta esta ciudad es *Lady Eboshi*, una mujer que se ha preocupado por el bienestar de sus aldeanos, tanto de aquellos a quienes se consideraría normales como de aquellos que son muchas veces vistos con recelo en la sociedad:

prostitutas y leprosos. *Eboshi*, para poder tener una ciudad sostenible que pueda satisfacer las necesidades de su gente, debe explotar la montaña que contiene minerales y es por ello que hirió al dios jabalí quien no permitía dicha actividad extractivista.

En este momento *Ashitaka* (el derecho penal) descubre la razón por la cual *Nago* cometió el *crimen* de atacar su aldea y a varios aldeanos, así como también presuntos delitos contra la naturaleza, cometidos por *Lady Eboshi*. Al momento de punir una conducta es necesario entender cuál es la motivación del enunciado legal y no solo eso, sino que además verificar tanto la imputación objetiva como la imputación subjetiva del caso, previendo que no existan errores de tipo o de prohibición, así como posibles causas de justificación. En el caso de la película, se puede ver que el derecho penal (*Ashitaka*) ha decidido punir el ataque a una aldea, siendo este inminente, actual e ilegítimo, reaccionando en una suerte de legítima defensa de terceros y matando al jabalí, quedando justificada la conducta típica matar (*Ashitaka* en su categoría de individuo y de ente legal estatal)<sup>14</sup>.

Por otra parte, podemos ver que *Ashitaka* justificaría los delitos contra la naturaleza que comete *Lady Eboshi*

<sup>13</sup> Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Trad. por Vanina Ferreccio y Máximo Sozzo (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- FLACSO, 2009), 180.

<sup>14</sup> Por razones obvias no se considera en el análisis el hecho de que la legislación ecuatoriana no prevé la pena de muerte, por lo cual, el

bajo el argumento de que se pretende evitar un mal mayor, que sería dejar desprotegidos y sin alimento a los aldeanos de la *Ciudad de Hierro*; que además hay que recalcar, son personas vulnerables: mujeres prostitutas y personas con enfermedades catastróficas<sup>15</sup>.

*Ashitaka* no toma partido en el discurso maniqueísta de considerar a un grupo específico, digno de alcanzar la categoría de personas y a otros no, como en el derecho penal del enemigo (que en el ámbito jurídico-político ecuatoriano se ha llevado a los límites a través del linchamiento mediático); sino que examina las razones por las cuales lo hacen y el daño real causado al bien jurídico, sin perjuicio de más adelante tomar una posición definitiva y hacer algo al respecto. Por lo pronto, evita un enfrentamiento entre *Eboshi* y *San*, también conocida como la princesa *Mononoke*, quien es una mujer adoptada y criada por los lobos del bosque que se ha propuesto matar a *Lady Eboshi* y destruir la *Ciudad de Hierro*, que es la causante de la devastación del bosque que es su hogar.

*Ashitaka* se muestra como un héroe mediador<sup>16</sup> que pese a poseer una maldición, se mantiene imparcial y propondrá a lo largo de la narrativa, justicia; transformándose así el personaje en la metonimia misma de la justicia al trasladar el derecho penal, que en un principio se hallaba en la búsqueda de impartir sanciones, a encontrar mayor satisfacción en la contemplación imparcial de los problemas, escuchando razones y planteando soluciones.

Cabe resaltar en este punto la identificación y visibilización del *otro* no-humano que realiza Hayao Miyazaki en la película, alejándose del antropocentrismo al otorgar voz a los animales, tales como los lobos, jabalíes, monos, entre otros; lo cual responde al profundo respeto y empatía que el director siente por los animales, los cuáles según el *shinto* tendrían alma igual que los humanos siendo en efecto sacralizados<sup>17</sup>, y debiendo ser respetados por formar parte no solo de un simple ciclo alimenticio sino del equilibrio mismo del ecosistema.

### 3. El tratamiento del conflicto entre posturas políticas disímiles:

---

derecho penal "Ashitaka" no podría punir dando muerte.

<sup>15</sup> Se eliminan del ejercicio intelectual la inobservancia de enunciados legales administrativos que prohíben la explotación de recursos sin la aprobación estatal respectiva, y que eventualmente podría provocar el cometimiento de un delito.

<sup>16</sup> Antonio Santacruz, *La princesa Mononoke y sus signos. Un análisis a la luz de 'El Tercer Impacto'* en Anjhara Gómez, *Japón y occidente. El patrimonio cultural como punto de encuentro* (Sevilla: Aconcagua libros, 2016), 220.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 218.

En la misma sintonía de personificar instituciones e identificarlas con los personajes de la película, hemos de encasillar a *San*, en aquellos grupos contestatarios y reivindicativos de derechos. Por otra parte, *Lady Eboshi* vendría a representar a la clase baja, media y media alta reaccionaria, quienes toman partido de diferentes posturas políticas y jurídicas a conveniencia económica, ya que consideran que un estado de bienestar sin ingresos económicos, nada podría ofrecerles.

Una de las cuestiones que vale la pena recalcar de la película, haciendo un paréntesis de la cuestión criminal, es el hecho de que no se trata de la usual trama que vende el celuloide hollywoodense en el que los personajes principales de la historia son hombres y las mujeres cumplen un rol secundario en torno a lo que haga o deje de hacer el hombre.

Con la existencia de estos tres personajes de la película de Miyazaki, dos de ellos femeninos, parecería que nos encontramos frente a la dinámica de lo que *Frances Olsen* bautiza como *sexualización*<sup>18</sup>. Por una parte, se encuentra *San*, que se muestra irracional, pasional y preocupada por

la naturaleza, mientras que el príncipe *Ashitaka* es un hombre racional y conciliador. Lo que cabe resaltar a este respecto es que *Lady Eboshi* no se encuentra sexualizada por su posición de mujer en esta película, ya que ella reuniría las características tanto de hombre como de mujer, a las que hace referencia *Olsen*<sup>19</sup>, lo cual convierte a la película en un ejemplo de que el dualismo sexual no se debe apreciar desde el género jerarquizador, sino desde las experiencias que adquiere cada persona en el desarrollo de su vida; es decir, aplicar las categorías feministas para poder acabar con el dualismo dominante machista y anquilosado.

La primera categoría<sup>20</sup> estaría expuesta claramente en la caracterización de *Eboshi*, que tiene valores que históricamente han sido asignados a los hombres. La *segunda categoría* estaría evidenciada en la exaltación de los valores femeninos de *San*, que lejos de ser una debilidad, son una fortaleza; y finalmente la tercera categoría sería el hecho de que existen gobernantes tanto hombres como mujeres, y esto es indiferente al éxito o fracaso de sus pueblos.

Volviendo al ejercicio metafórico

18 Frances Olsen, *El género en el derecho: ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 138.

19 Para Frances Olsen, existen tres estrategias feministas para poder acabar con los dualismos jerarquizadores. La primera categoría ataca el argumento machista que afirma que las mujeres siempre son irracionales, sentimentales, etc., y los hombres son racionales. La segunda categoría es aquella que aprecia que estas características no son necesariamente una debilidad en las mujeres. Y la tercera categoría demuestra que estos dualismos son anacrónicos por no ajustarse a la realidad.

20 Olsen, *El género...*, 140.

y metonímico, se puede ver que Ashitaka, quien luego de vivir el conflicto y sus razones en carne propia, personifica ya no solo al derecho penal, eventual héroe castigador, sino que por deducción utópica transformadora<sup>21</sup>, a la justicia, héroe imparcial. Se preocupa en que tanto Lady Eboshi (clase media y media alta que cuida a su vez a la clase baja) pueda convivir con la naturaleza (dioses jabalí, lobo, monos, etc.) y con aquellos “subversivos” (*San*).

Regresando al desarrollo de la película, se hace presente el conflicto que existe entre Asano y Lady Eboshi, el cual quiere que le sean entregados tributos por las ganancias que obtiene la ciudad de Hierro. Por otra parte, se revela que Jigo, quien es un ninja caza fortunas, se encuentra aliado con agentes del emperador y cuyo objetivo es matar al dios ciervo (quien es el protector de toda la naturaleza). Durante el desarrollo de la película se puede evidenciar que Jigo es una persona de escasos recursos que recurre a prácticas ilegítimas para poder tener su sustento. En tal sentido, y dada la tarea suicida que tiene que cumplir Jigo para matar al dios ciervo, se observa cómo las élites utilizan a los desposeídos para cometer actos

delictivos a través de ellos (matar al dios ciervo), y eventualmente serán penados quienes se encuentran en el rango más bajo de la cadena alimenticia. Todo esto es una muestra del derecho penal selectivo en el que vivimos actualmente, cuyas condiciones podrían ser evitadas bajo la creación de otro orden social y político<sup>22</sup>, o al menos con la práctica diaria del derecho penal mínimo.

En un determinado momento se realizan los preparativos por parte de *Asano* para atacar la aldea de *Eboshi*, concurriendo además la lucha que se acerca entre los animales y la aldea de *Eboshi*, así como contra los hombres de *Jigo*.

*Moro*, la diosa loba que adoptó a *San*, discute con Ashitaka y éste clama al animal-dios por una convivencia en paz entre animales y humanos; respondiendo en efecto *Moro* a Ashitaka que se una a ellos para luchar contra los humanos, ya que la causa de los animales es más justa, contestando el príncipe que eso únicamente provocaría más odio<sup>23</sup>. Ashitaka, personificando a la justicia, no hace otra cosa que buscar la convivencia pacífica entre las partes litigiosas sin ser parcializado.

---

21 Ramiro Avila Santamaría, *La utopía del oprimido* (Madrid: Akal, 2019), 19. Respecto a la utopía, Avila desarrolla lo siguiente (28): “La ideología y la utopía tienen tres funciones: una negativa, otra política y una constitutiva. La utopía tiene una función propia adicional, que es transformadora (...) La función transformadora tiene tres elementos, que son parte del método utópico: criticar, anticipar y/o liberar (diagnóstico, alternativas y transformación) (...) La función transformadora aspira al cambio, a la liberación, a alterar la realidad”.

22 Ramiro Avila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, Primera edición, Colección profesional ecuatoriana (Quito, Ecuador: Ediciones Legales - Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 163.

23 Miyazaki, *La princesa Mononoke...*, 1:21:10

Una de las conversaciones más memorables que demuestra los efectos que tiene la actividad depredadora humana en la naturaleza, es la que mantiene *Moro* con *San* frente al conocimiento que tiene *Moro* de que hay una trampa para matar a los jabalíes en la batalla; y, pese a que *San* le pide que hagan algo por detenerlos, *Moro* le menciona que es innecesario debido a que, *aunque* Okotto sepa que van hacia una trampa, los jabalíes seguirían adelante con su ataque; ese es el orgullo de su especie, seguirán avanzando hasta que caiga el último de ellos. La naturaleza no tiene el raciocinio que sí tiene el ser humano para evitar caer en las garras extractivistas, desventaja que provocará que los animales mueran indefectiblemente en esta trampa. En el ejercicio representativo también podríamos encontrar a los privados de libertad en los jabalíes, como aquellos que, sin verse involucrados en políticas públicas de verdadera rehabilitación, se adentran cada vez más en el mundo criminal y resulta una empresa imposible el reintegrarse a la sociedad.

Lady Eboshi en un momento de la trama se deja convencer por Jigo y los hombres del emperador para matar al dios ciervo, logrando decapitarlo y prácticamente acabar con el equilibrio del ecosistema; tras

lo cual, el cuerpo sin cabeza del dios-ciervo empieza a destruir y matar todo a su alrededor. Ashitaka apenado por ello le pide perdón a *San*, diciendo que él quiso evitarlo<sup>24</sup>. Regresando a la representación de los personajes que se ha empleado, se podrá entender que la justicia (ya no Ashitaka manifestado como derecho penal) busca precisamente cumplir su rol utópico transformador: diagnosticar los problemas de la guerra irracional, proponer alternativas y transformar la realidad<sup>25</sup>.

En este caso, Lady Eboshi se dejó seducir por los aparentes beneficios del extractivismo sin reserva alguna y depredó la tierra sin pensar en sus consecuencias, llegando incluso a intentar matar al mismo protector de la naturaleza, como lo fue el dios-ciervo; sin embargo, pese a este aparente error de prohibición, Ashitaka (la justicia) no la recriminó ni discriminó, sino que buscó –aun visto todo el panorama perdido– transformar esa realidad sin proponer alternativas irrealizables que terminarían en una evasión de corte utópico conservador<sup>26</sup>.

Finalmente, el dios ciervo logra recuperar su cabeza tras la lucha entre Ashitaka y San contra Jigo, restaurándose en parte la naturaleza y, sin embargo, muriendo definitivamente el dios ciervo. Tras

<sup>24</sup> Miyazaki, *La Princesa Mononoke...*, 1:56:20.

<sup>25</sup> Avila, *Utopía del oprimido...*, 28.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 38.

ello, *San* se muestra triste por tan irremediable pérdida, pero Ashitaka le hace ver que el dios ciervo, protector de la naturaleza, se encuentra siempre presente, tanto en la vida como en la muerte, y que debemos aprender a convivir en armonía en esta dualidad.

Como hemos visto, en esta película no se busca una posición maniqueísta de izquierda o de derecha, debido a que existen grupos de la izquierda radical que podrían considerarse subversivos (como lo que representa *San*) que buscan soluciones revolucionarias que provocarían, como dijo Ashitaka, más odio; y tomando en cuenta lo que argumentaban los criminólogos de la izquierda realista comandados por Young y Lea, se debe tomar en serio al delito y a sus causas para poder evitarlas sin reproducirlas al provocar condiciones más adversas que las que ya existían; siendo así que cuando “la sociedad se divide, disminuye el conocimiento directo sobre el delito”<sup>27</sup> y la tan anunciada revolución no sería otra cosa que una utopía irrealizable que perpetuaría el status quo.

La violencia con la que se llevan a cabo las dinámicas de la sociedad de la modernidad tardía se ha estandarizado a tal nivel, que incluso ser maniqueísta podría ser considerado un valor positivo ya que,

como explica Byung Chul Han en el capítulo violencia de la transparencia, esta se ejerce al eliminar al otro o al menos al in-visibilizarlo y crear una masa uniforme de humanos que piensen igual; es decir, la dictadura de lo idéntico<sup>28</sup>, o diríamos igualmente, de lo utópico conservador. En ese sentido, sería óptimo como aconseja Duncan Kennedy en el ámbito académico, que los “alumnos vivencien el aula como un lugar que implica tanto el aprendizaje de la doctrina como el debate de las brechas, los conflictos y las ambigüedades de la doctrina. Pero también, día tras día, deben aprender a observarse como representantes de diferentes clases de coaliciones de izquierda o de derecha”<sup>29</sup>.

Lo anterior, aplicado al terreno litigioso y legislativo, evidentemente no debería ser precedido por la polarización innegociable que se ha instalado en el quehacer político ecuatoriano, sino por los consensos que propone Ashitaka en búsqueda del ideal de justicia, tomando las cosas buenas de ambos lados sin llegar a amalgamar en un solo pensamiento colectivo las ideas de las propuestas disímiles, que eliminaría los intereses de las minorías por un falso entendimiento de la democracia; tal como sucede cuando se pretende consultar a la ciudadanía acerca de derechos humanos y saber si en democracia prohibimos el matrimonio igualitario.

27 John Lea y Jock Young, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (Buenos Aires: Del Puerto, 2001), 262.

28 Han, *Topología de la violencia...*, 151.

29 Duncan Kennedy, *La enseñanza del derecho...*, 63.

Como se ha mostrado, los ciclos de violencia se reproducen en ambos lados ideológicos políticos, derecha e izquierda, con mayor y menor intensidad frente a determinados delitos; sin embargo, el rol de la justicia es entender este ciclo como una oportunidad de reconocer la utopía, no como pensamiento exclusivo de un colectivo en particular, sino como el derecho a un mundo mejor<sup>30</sup>.

La película *La princesa Mononoke* es un ejemplo de la búsqueda de la justicia y la convivencia utópica sin llegar al punitivismo, ya que como *Ashitaka* pudo evidenciar de su viaje, el aplicar penas de forma indiscriminada y no proponer alternativas a la cuestión criminal no provoca más que caos, violaciones sistemáticas de derechos y tratos crueles, inhumanos y degradantes; tal como se puede apreciar en la realidad en la sentencia 365-18-JH/21 de la Corte Constitucional del Ecuador<sup>31</sup>

#### 4. El punitivismo y sus consecuencias brevemente expuestas

Darío Melossi explica que históricamente ha existido una estrecha relación entre el castigo y el mercado de trabajo<sup>32</sup>; es decir, si existe excedente de mano de obra, habrá mayor punitivismo, y por el contrario,

en épocas de escasas de mano de obra, habrá mínima intervención penal, lo cual podemos imaginarlo frente a una hipotética secuela de la película analizada: después de la guerra entre *Asano*, *Eboshi* y los animales-dioses, habría menos población que antes, lo que provocaría que la intervención del derecho penal, aún más habiendo vivido lo que vivió, sea mínima.

Ahora bien, aterrizando del mundo mágico del estudio Ghibli que Hayao Miyazaki proyecta, es necesario poner de relieve los problemas reales que perviven en la sociedad ecuatoriana producto del innecesario debate punitivista que propicia continuamente los ismos más fuertes que componen el espectro ideológico político, nuestra *Lady Eboshi y San*; solo que esta vez sin que exista un *Ashitaka* que medie por los más vulnerables en esta guerra sin otro objetivo que la capitalización de confianza política, al margen del éxito o fracaso de las políticas públicas que se proponga.

De lo comentando por Melossi se puede destacar en la realidad ecuatoriana que se ha incrementado la tasa de desempleo año tras año, siendo así que a febrero de 2021, el porcentaje se encuentra al 5.7%, mientras que en diciembre de 2018

<sup>30</sup> Avila, *Utopía del oprimido...*, 50.

<sup>31</sup> CCE. *Sentencia 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021.

<sup>32</sup> Darío Melossi, *Controlar el delito, controlar la sociedad* (Bs. Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018), 40.

era 3.7%<sup>33</sup>; aumentando de esta forma la precariedad en que viven muchas familias ecuatorianas, proyectándose incluso que la pobreza en el país podría aumentar del 25% hasta el 32% para el 2021, de acuerdo a lo estimado por la Organización Internacional del Trabajo<sup>34</sup>. Si bien es cierto que la relación entre pobreza y delincuencia es anquilosada, poco realista<sup>35</sup> y prejuiciosa, ya que criminalizar la pobreza en el peor de los casos es un elemento más que coadyuva a introyectar la conducta criminal en la persona perjudicada<sup>36</sup>, no deja de ser una variable a tomar en cuenta; es decir, en palabras de los criminólogos de izquierda, tomar en serio el delito puesto que es necesario contemplar la aplicación de políticas públicas que prevengan cada una de las variables que tienen incidencia en el cometimiento de delitos, por mínimas que ésta sea.

El juez Avila en su voto concurrente de la sentencia No. 365-18-JH/21 pone en contexto la situación carcelaria con datos alarmantes, tales como que del año 2009 al 2020 se pasó de una tasa de personas privadas de la libertad de

73 a 224 por cada 100.000 habitantes<sup>37</sup>; encontrándose de esta forma, conjuntamente con las estadísticas actuales de pobreza y desempleo en el Ecuador, que entre mayor mano de obra disponible, mayores son las políticas punitivistas de un país, evidenciando en efecto que la aseveración de Melossi es hasta cierto punto verdadera; sin embargo, no debemos descartar las demás variables sociales, culturales y políticas que pueden tener igual o mayor incidencia en la problemática carcelaria.

Es pertinente recalcar, sobre la base de evitar la polarización, que el neo-liberalismo no es *per se* una causa exclusiva del punitivismo, ya que, durante el gobierno de Rafael Correa, que no se lo cataloga como neo-liberal, se pasó del discurso garantista y de mínima intervención penal al de derecho penal del enemigo sin ambages. En el año 2007, primera parte del mandato de Correa, el país tenía 130 personas privadas de la libertad por cada 100.000 personas, logrando bajar esa tasa a apenas 73 al año 2009; sin embargo, después de una consulta popular para endurecer las penas y la creación de un nuevo código penal, se llegó a tener en el

33 Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo* (Ecuador: INEC, marzo 2021), acceso el 7 de abril de 2021, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-febrero-2021/>.

34 Wilmer Torres, *La OIT proyecta que la pobreza en Ecuador subirá al 32%*. *Primicias*, 27 de febrero de 2021, acceso el 7 de abril de 2021, <https://www.primicias.ec/noticias/economia/oit-pobreza-ecuador-subira-pandemia/>.

35 En el párrafo 52 de la *sentencia 365-18-JH/21 y acumulados* se menciona que según los registros del SNAI "al 10 de febrero de 2021 existen 23.196 personas privadas de la libertad", lo cual del universo de 17.558.712 de ecuatorianos representa el 0.13%. Por otra parte, si las estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo se cumplen y para el año 2021 el 32% de la población ecuatoriana se encuentra en situación de pobreza, o incluso si se mantiene al 25%, resulta inverosímil crear un vínculo único y exclusivo entre pobreza y criminalidad.

36 Eugenio Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2012). El autor menciona (200) respecto a la eventual introyección de conducta delictiva a un sujeto estereotipado por la sociedad, que "z

37 CCE, *Sentencia 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021, voto concurrente, párr. 77.

año 2014 a 162 personas privadas de la libertad por cada 100.000, duplicando su cantidad de forma alarmante en solo cinco años<sup>38</sup>. Algo similar sucedió en Venezuela y los autores de *Southern criminology* lo llaman *giro punitivista post-neo-liberal*<sup>39</sup>.

Por otra parte, volviendo al juego de representación, como se dijo en un primer momento Ashitaka representaba al derecho penal, debido a que punió a varias personas; sin embargo, al haberse encontrado con el lado más sórdido de esta prevención general negativa<sup>40</sup>, el derecho penal decidió transformarse en ese algo que se buscó en esencia desde el principio de los conflictos sociales: la justicia.

La pretendida amenaza que logra la prevención general negativa es evidente en la actualidad: si una persona es privada de la libertad ingresando a una cárcel, será violentada su integridad física, psicológica, moral y sexual, ya que ciertos organismos del Estado siguen entendiendo que la protección de estas dimensiones de la integridad personal puede ser segmentada y no concebida como un todo, provocando que el Estado se desentienda incluso a nivel judicial de la protección de estos derechos<sup>41</sup>.

La persona que se encuentra en conflicto de forma continua con el derecho penal, poco o nada va a advertir de esta amenaza; y, por el contrario, lo que hace la prevención general negativa es fortalecer en el imaginario colectivo la idea de que los privados de la libertad merecen los males que sufren en las cárceles, ya que la categoría de humanidad ha sido suprimida para ellos.

Si revisamos las últimas reformas al Código Orgánico Integral Penal<sup>42</sup>, no encontraremos como pena adicional a la privación de libertad, a los derechos de participación y a la inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio, la pérdida del derecho a la integridad personal; sin embargo, el Estado y su población siguen creyendo que:

(...) las penas rehabilitan, la privación preventiva de libertad es una medida cautelar y respeta la presunción de inocencia, los privados de libertad tienen derechos especiales y son población prioritaria, los delincuentes están presos (y no importa lo que les pase porque algo han de estar pagando) y las personas inocentes están fuera<sup>43</sup>.

38 Kerry Carrington, et al., *Southern criminology. New directions in critical criminology* (Nueva York: Routledge, 2019), 127.

39 *Ibid.*, 128.

40 Maximiliano Rusconi, *Elementos de la parte general del derecho penal* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016), 26: "Para Feuerbach la pena produce prevención general a través de la coacción psicológica, mediante el efecto intimidatorio que ocasiona en el potencial delincente verificar no solo la existencia, sino también la efectiva aplicación de la pena. Busca generar en este la convicción de que el daño que sufrirá si realiza el hecho amenazado con pena será mayor que aquel que sea consecuencia de dejar insatisfecho su impulso delictivo. La ejecución de la pena se justifica para demostrar que la amenaza de la ley es una amenaza real".

41 CCE, *Sentencia 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021, párr. 70

42 Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Tercer Suplemento 386, 5 de febrero de 2021.

43 CCE, *Sentencia 365-18-JH y acumulados*, voto concurrente, 24 de marzo de 2021, párr. 69.

## 5. Conclusión

En el presente ensayo nos propusimos explorar el mundo de la película *La princesa Mononoke*, con el fin de representar en sus personajes a la justicia y a los actores que se relacionan en torno a ella, logrando encontrar que el fin mismo de la película no solo es concienciarnos acerca de la protección de la naturaleza, sino además de la importancia de los matices en nuestra sociedad, sin que signifique ello una transparencia violenta en la que todos piensan igual. Resulta en efecto aleccionador el accionar de *Ashitaka* en tanto aprendamos que el anhelo de justicia es perseguido por personas y grupos de diferentes colectivos sociales, tanto de izquierda, derecha y centro, así como de sus diversas variaciones, lo cual nos forma como pueblo democrático consciente de las necesidades del otro, protegiendo en esta pugna de intereses legítimos a los más débiles de la sociedad, a los vulnerables, a los que requieren atención prioritaria, a los que forman el paisaje triste de nuestra sociedad; a fin de que las cárceles no sigan llenándose con tropes de personas privadas de la libertad y el círculo de violencia no siga reproduciéndose en los *habitus* que se crean con la ayuda de la gentrificación irracional que permiten los gobiernos seccionales de turno.

## 6. Bibliografía

- Avila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Primera edición. Colección profesional ecuatoriana. Quito: Ediciones Legales Edele, 2013.
- *La utopía del oprimido*. Madrid: Akal, 2019.
- Carrington, Kerry, Hogg Russel, Scott John, Sozzo Máximo y Walters Reece, *Southern criminology. New directions in critical criminology*. Nueva York: Routledge, 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021.
- Han, Byung-Chul. *Topología de la violencia*. Traducido por Paula Kuffer. Barcelona: Herder, 2017.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo*. Ecuador: INEC, marzo 2021. Acceso el 7 de abril de 2021. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-febrero-2021/>.
- Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Lea, John, y Jock Young. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Del Puerto, 2001.
- Melossi, Darío. *Controlar el delito, controlar la sociedad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

Miyazaki, Hayao. *La princesa Mononoke*. Fantasía. Studio Ghibli, 1997.

Olsen, Frances. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Pavarini, Massimo. *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Traducido por Vanina Ferreccio y Máximo Sozzo. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- FLASO, 2009.

Rusconi, Maximiliano. *Elementos de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.

Santacruz, Antonio. *La princesa Mononoke y sus signos. Un análisis a la luz de 'El Tercer Impacto'* en Gómez, Anjhara. *Japón y occidente. El patrimonio cultural como punto de encuentro*. Sevilla: Aconcagua libros, 2016.

Torres, Wilmer. *La OIT proyecta que la pobreza en Ecuador subirá al 32%*. *Primicias*, 27 de febrero de 2021. Acceso el 7 de abril de 2021. <https://www.primicias.ec/noticias/economia/oit-pobreza-ecuador-subira-pandemia/>.

Zaffaroni, Eugenio. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2012.

# El derecho en Kafka: una muestra de redención

**Por:** David Mauricio Castillo Aguirre<sup>1</sup>

Damián André Granda Vélez<sup>2</sup>

## Resumen

El presente ensayo relaciona la literatura y el derecho, como dos constelaciones que se miran una a la otra para descubrir que brillan de forma semejante. A través del método análisis-síntesis, se reflexiona sobre el cuento *En la colonia penitenciaria* de Franz Kafka para desentrañar el génesis jurídico de su propósito. A partir de la exposición de los principales eventos ocurridos en la historia, se concluye con la reafirmación de la innegable armonía que existe entre las dos disciplinas lingüísticas, además de la profunda relación del autor con una conciencia jurídica expresada a través de su talento.

## Palabras clave

Kafka, literatura, derecho, lenguaje, máquina.

---

1 Magíster en Derechos Humanos, mención Exigibilidad Estratégica y Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado por la Universidad Hemisferios. En la actualidad es docente investigador de la Universidad Hemisferios y consultor en materia de derechos humanos para ONG nacionales y extranjeras. Es profesor de las cátedras: Derechos Humanos, Investigación Aplicada a las Ciencias Jurídicas, Pensamiento Lógico y Lenguaje. Las principales líneas de investigación son: derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y la relación entre derecho y literatura. Sus últimas publicaciones incluyen el artículo *El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo*, publicado en la edición Nro. 35 Revista FORO (Universidad Andina Simón Bolívar) y el capítulo *¿Quién soy? Reflexiones sobre el derecho humano a la identidad de los niños y niñas adoptados*, publicado en el libro "Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la Globalización" editorial Dykinson.

2 Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Hemisferios. Pasante durante julio a octubre del año 2020 en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde se incorporó al equipo de investigación de jurisprudencia en marcas notorias y renombradas, derecho aduanero y propiedad industrial del Doctor Hugo Gomes, magistrado del Perú. Pasante durante enero a marzo en el estudio jurídico *Investment & Corporate Law*. Ayudante de cátedra en la clase magistral de Derechos Humanos impartida por la Doctora Mercedes Montiel. Actualmente se encuentra cursando el sexto semestre de la carrera. Su principal objetivo es acceder a una maestría en Literatura.

## 1. Crónica de una relación anunciada

El paraguas que ampara este artículo recae sobre la hermenéutica, entendida, *grosso modo*, como la interpretación de los textos.<sup>3</sup> El atrevimiento de las ciencias sociales es el que sostiene el mango del paraguas, puesto que permite relacionar todos los fenómenos escritos y circunstancias que afectan su objeto de estudio primario: el ser humano.<sup>4</sup> Finalmente, estamos los autores de estas palabras, quienes, a partir de la herramienta que nos ampara y el mango que la sostiene, justificamos la relación del arte con la ciencia.

La literatura se presenta como el arte auténtico de expresión escrita — verso o prosa—. <sup>5</sup> Una manifestación del espíritu encerrado entre las paredes carcelarias del cuerpo que, rompiendo los órganos y reduciendo la edad al infinito, permite a cualquier persona plasmar con tinta y papel sus más profundos sentimientos. Las viejas verdades del corazón que resumen y ayudan a las personas a soportar las vicisitudes del espíritu: amor y honor, piedad y orgullo, compasión y sacrificio.<sup>6</sup> Del otro lado se alza el derecho. La

ciencia social que refleja distintas aristas de una misma realidad.<sup>7</sup> Una realidad que ofrece tantas perspectivas como ciudadanos subordinados a su propia voluntad. Cimentado sobre una compleja jerarquía de órganos y organismos, leyes, normas, códigos y reglamentos, mira a los sujetos como un *Gran Hermano*<sup>8</sup> dormido y sin identidad.

Este trabajo busca sinergia entre el cuento *En la colonia penitenciaria*, de Franz Kafka, y el derecho. Muchas veces se pretende —tentados por la dicotomía— separar la realidad de la ficción cuando, de hecho, son dos mundos que dialogan constantemente. En el derecho hay ficción y en la ficción hay derecho, como se verá en este ensayo. Las letras —núcleo del lenguaje— con las que se escribe una norma jurídica son las mismas con las que se escribe la obra de Kafka, pero en otro orden.

## 2. De juncos y leyes

El derecho y la literatura se pueden presentar como una dicotomía; no obstante, existe “un terreno en el que ambas tradiciones se encuentran y es el

3 Víctor Jaramillo, *Hermenéutica Simbólica* (Medellín: Perseitas, 2020), 311-327.

4 Juan Manuel Burgos, *Antropología Breve* (Madrid: Ediciones Palabra, 2010).

5 Enrique Marí, «Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja». *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 21-II (1998): 251-288.

6 William Faulkner, *Discurso de aceptación al Premio Nobel de Literatura*, 1949.

7 Carlos Villabella Armengol. *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 921-953.

8 Ideología caracterizada presente en la novela *1984* de George Orwell, véase George Orwell, *1984* (Madrid: Debolsillo, 2015).

de la textualidad.”<sup>9</sup> Falconí sostiene que “las palabras viajan, tropiezan unas con otras en diversos registros y formatos (...) en distintos metalenguajes para así construir un sentido social a través de diversos textos.”<sup>10</sup> El autor cita a Kristeva, quien, a su vez, acuña el concepto del *intertexto*<sup>11</sup>, para concluir que los textos son la absorción o transformación de otro texto.<sup>12</sup> Las novelas, los cuentos y la poesía no están alejados de los textos jurídicos. Aunque la relación entre derecho y literatura no es una novedad, siempre es posible volver a analizar las metáforas que se esconden dentro del arte.

Schmill reflexiona sobre la función de la metáfora. Sostiene que el mundo real es sustituido por otro mundo posible —un cosmos aparente— “creado en libertad, que refleja los obstinados hechos reales a los cuales la metáfora se refiere.”<sup>13</sup> El mundo se (re)crea en un plano distinto —de símbolos y lenguaje— y la obra de arte (re)actualiza la realidad. La literatura —como expresión artística— tiende un puente, vía metáforas, entre los dos mundos.

Cualquier acontecimiento, asunto o tema puede ser materia de una obra literaria. (...) (L)o que permite que el lector realice complicadas asociaciones y encuentre insomorfismos entre un plano intelectual y otro distinto (...) produciendo con ello un complicado juego espectacular en donde diversos mundos posibles encuentra inusitadas conexiones.<sup>14</sup>

Exponer la relación de estas dos áreas antropológicas no supone reto alguno en tiempos modernos. Ya lo menciona Sáenz:

Desde la época clásica, la literatura se ha involucrado con los personajes, temas y problemas del derecho; varios de los grandes escritores han sido abogados, trabajando en tribunales, en estudios de abogados, o ejercieron la función pública.<sup>15</sup>

Podemos apoyarnos en Amaya para distinguir la antigüedad de esta relación entre juncos<sup>16</sup> y leyes: “el derecho no constituía una rama de estudio autónoma, sino que la formación jurídica era una parte central de los estudios en humanidades.”<sup>17</sup> A partir de estas dos autoras encontramos el primer punto de inflexión: la ciencia jurídica, antes de estudiar y componer normas de conducta, busca entender al

9 Diego Falconí. «La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario». *Revista Iuris Dictio*, Año 13. Vol. 15. Enero-junio (2013): 148.

10 *Ibid.*

11 Sobre el intertexto, Kristeva indica que, en el terreno de la textualidad, ninguna disciplina puede permanecer separada e inmune a otra. Véase Julia Kristeva, *Semiotiké, V. I y II*, (Madrid: Espiral Ensayos), 190

12 Diego Falconí. «La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario». 148.

13 Ulises Schmill Ordóñez, *La conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*. (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1983), 17

14 *Ibid.* 13, 14.

15 María Jimena Sáenz, «Derecho y Literatura», *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 16 (2019): 273-278.

16 Irene Vallejo en *El infinito en un junco* (Madrid: Siruela, 2019): “En el tercer milenio a. C. los egipcios descubrieron que con aquellos juncos podían fabricar hojas para la escritura, y en el primer milenio ya habían extendido su hallazgo a los pueblos de Próximo Oriente.”

17 Amalia Amaya, *Metodologías comparatistas y literatura comparada* (Madrid: Dykinson, 2013), 173-182.

ser humano; la literatura se sirve ante él como una herramienta excelsa. Botero reafirma: “Literatura y Derecho no son ajenos entre sí. Desde donde se mire, la Literatura ha narrado hechos jurídicos y el Derecho es, fundamentalmente, un ejercicio literario.”<sup>18</sup>

El Derecho asume su propia corriente lingüística para el desarrollo de tecnicismos. “El mundo del derecho resulta un mundo traspasado por el poder de la palabra. Y, de la palabra mágica, fecunda, creadora.”<sup>19</sup> La propia argumentación jurídica funge como requisito para construir un abogado diestro. La motivación de una sentencia, apoyada en el lenguaje, resulta clara y determinante en cuanto quiera expresar.

“‘Derecho y Literatura’ es hoy en día un curso que se ha hecho de un lugar en el plan de estudios de acreditadas Facultades de Derecho en todo el mundo, aunque más específicamente en los países del sistema anglosajón.”<sup>20</sup> Esta reflexión de Zolezzi refleja un sentir del que ya habló Sáenz:

Durante la década de 1970 en el ámbito de la academia norteamericana, cobró fuerza institucional lo que se conoce como el movimiento “derecho y literatura”. A partir de allí, el movimiento creció hasta incluir líneas y agendas de trabajo tan difíciles de catalogar como de reunir bajo un rótulo único; se expandió a través de las fronteras; y tuvo su momento de auge y entrada al *mainstream* de la discusión jurídica durante los años ochenta cuando propulsó de distintos modos la consideración del problema de la interpretación. (...) [E]ste último es el aspecto más difundido y conocido del “derecho y la literatura.”<sup>21</sup>

### 3. Metodología

Este ensayo es producto de una investigación teórica que se desarrolla a través de fuentes doctrinarias y literarias abstractas. El propósito es (re)construir, sobre la base del pensamiento lógico, el núcleo teórico de la relación entre el derecho y la literatura.<sup>22</sup> El método que se utiliza es análisis-síntesis, por medio del cual se descompone el objeto que se estudia —el cuento de Kafka— para luego recomponerlo a partir de la integración de sus elementos y “destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo”.<sup>23</sup>

El análisis permite dividir el cuento de Kafka en los aspectos o

18 Andrés Botero Bernal, *Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso*. (Medellín: Universidad de Medellín, 2014).

19 Joana Aguiar E Silva. *A prática judiciária entre direito e literatura*. (Coimbra: 2002), tomado de André Karam y Roberta Magalhaes, «Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho» *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, n.º 4 (2009): 164-213.

20 Lorenzo Zolezzi Ibárcena, «Derecho y Literatura: aspectos teóricos» *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* (2013): 379-409.

21 María Jimena Sáenz, «Derecho y Literatura: el proyecto de Martha Nassbaum», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º42 (2019): 361-387.

22 Carlos Villabella Armengol. «Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones», en *Pasos Hacia una Revolución en la enseñanza del Derecho en el Sistema Germánico Romano*, Tomo 4 (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 926.

23 *Ibid.* 937.

cualidades que lo componen, con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis, en contraposición, permite integrar el objeto —en este caso se añade el componente jurídico— para obtener una comprensión general, novedosa, del cuento analizado.<sup>24</sup>

#### 4. En la colonia penitenciaria

*“La literatura no nació para dar respuestas, sino más bien para hacer preguntas, para inquietar, para abrir la inteligencia y la sensibilidad a nuevas perspectivas de lo real.”<sup>25</sup>*

Cortázar

Imagine despertar en una celda ubicada en una isla remota. Un oficial que, a pesar del sofocante calor de afuera, carga con un pesado uniforme arrugado y sucio. Lo toma del brazo, lo levanta del piso y lo conduce por un camino de arena grisácea hacia la cima de una colina. Pueden ser semanas, meses, o años los que usted ha pasado encerrado, sin apenas pista que ayude a responder el por qué. Una vez coronada la pequeña montaña, una caseta vieja y maltrecha lo recibe. Hay dos personas: un hombre fino y bien vestido que carga una libreta en las manos y se presenta a sí mismo como el explorador y otro oficial como el que lo sujeta del brazo. Sin embargo, eso no es lo que llama su atención. El metal roído y caduco de un objeto arcano hace que todos los

huesos de su cuerpo chirríen de pavor espontáneo. «El aparato» es quien lo ha estado esperando. A partir de estos antecedentes buscamos poner en perspectiva la trama desarrollada por Kafka y su relación con el derecho: ¿se puede aprender sobre presunción de inocencia, debido proceso, derecho la defensa o derecho a recurrir—a través de la literatura?

«Es un aparato singular»<sup>26</sup> empieza diciendo el oficial mientras ultima los detalles de la máquina. No por ser especial, sino único. Entrados en la historia nos damos cuenta de que este objeto fue diseñado y ensamblado por un comandante que falleció hace ya tiempo. La forma en la que Kafka se refiere a este artilugio nos invita a considerar si es que acaso sean las leyes que se postran como un conjunto de engranajes manipulados por los intereses de quienes las poseen.

Es así como se presenta un aparato que bien podría ser el símbolo de los sistemas jurídicos. En palabras de Falconí, el aparato —la máquina— nos devuelve a la idea sobre la jerarquía automatista y piramidal de Kelsen “que, aunque necesaria para la concepción de Estado de derecho desde una perspectiva totalizadora y positivista anula al cuerpo detrás de la

<sup>24</sup> *Ibíd.* 937.

<sup>25</sup> Julio Cortázar, *Todos los fuegos el fuego* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1966)

<sup>26</sup> Franz Kafka. *En la colonia penitenciaria* (Barcelona: Acantilado, 1999), 1.

máscara subjetiva.”<sup>27</sup> El relato muestra que, aquella persona que no respete la jerarquía de las normas y no tema ante el poder brutal del aparato, es castigado con “la anulación de su existencia y la pérdida de su dignidad.”<sup>28</sup> La máquina es poderosa e implacable.

Cama, Diseñador y Rastra son los componentes que arman «el aparato». Traducidos al derecho: leyes, motivación y sentencia, respectivamente. La Cama es a las leyes en tanto sostienen al condenado. Ensamblada con algodón, es la que recibe al preso; las leyes son las que configuran el delito —separando lo jurídico de lo antijurídico, lo justo de lo injusto, aunque el sentenciado no sepa la diferencia— y, por tanto, reciben e identifican al actor. Lo hacen encajar dentro de un tipo penal cuando lo obligan a acostarse en la máquina. El Diseñador se traduce en lo que conocemos como la motivación, pues su oscuro propósito es contener las palabras que van a ser escritas sobre el cuerpo del sentenciado, lo que nos lleva a la Rastra y la sentencia. La Rastra va a escribir con agujas de vidrio sobre la piel del desafortunado la condena a la que ha sido sentenciado.

La propia relación de los elementos de la máquina con el derecho

<sup>27</sup> Diego Falconí. «La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario» 154.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> Franz Kafka. *En la colonia penitenciaria*. 3.

<sup>30</sup> *Ibíd.* 4.

la describe el oficial cuando comenta al explorador que «el aparato» funciona con baterías: «Tanto la cama como el diseñador tienen baterías: la Cama la requiere para sí. El Diseñador para la Rastra.»<sup>29</sup> Las baterías fungen como el impulso del andamiaje jurídico, que en este caso es iniciado por el oficial en el cuento y, en el derecho penal, por los fiscales. La Cama requiere baterías para sí misma y es por esta razón que las leyes van a depender de ser acusadas y configuradas en el imputado. La ley necesita la carne, el cuerpo en el que toma vida. El Diseñador usa baterías para la Rastra, pues la motivación concluye en sentencia, como lo menciona Kafka: «Deben estar minuciosamente sincronizados con los movimientos de la Rastra. Sin embargo, la verdadera ejecución de la sentencia corresponde a la Rastra.»<sup>30</sup> Ni la ley, ni la motivación representan nada a la condena sin una sentencia ejecutoriada, sin un cuerpo que la soporte.

Mirando la terrible convergencia de tuercas y tornillos, la pregunta que acosa al lector es: ¿quién se atreve a cometer un crimen sabiendo que «el aparato» es quien lo va a juzgar? La respuesta es sencilla: todos, porque nadie sabe absolutamente nada acerca de lo legal o ilegal en este escenario ficticio. De hecho, el preso no conoce

su delito, ni su sentencia, ni que ha sido condenado y que su caminata lo llevaba a la muerte. «No se le dio ninguna oportunidad de defenderse»<sup>31</sup> dice el oficial al explorador después de reconocer que el debido proceso no existe en la colonia penitenciaria. Aunado esto, el oficial nos confiesa que fue designado juez de la colonia por su estrecha relación con el comandante anterior, no por sus cualidades o conocimientos. La meritocracia es un paripé. El lector puede deducir la importancia de la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa en un sistema jurídico. En el relato kafkiano, el derecho aparece de manera grácil, como una invitación a la reflexión.

En el libro *El Proceso* se encuentra la instancia anterior que hubiera enfrentado el condenado en este escenario kafkiano. Una desorientada irrupción a su domicilio, sin ninguna justificación o amparo legal, donde conocer los motivos de un arresto son menester de severas molestias para los vigilantes que acuden al allanamiento.

¿Qué nos importan sus documentos? —exclamó el vigilante alto—. Usted se comporta peor que un niño. ¿Qué pretende? ¿Cree, acaso, que conducirá su maldito proceso a un fin rápido discutiendo con nosotros, sus vigilantes, sobre legitimaciones y órdenes de arresto? Nosotros no somos

más que unos empleados subalternos y apenas entendemos de papeles (...)»<sup>32</sup>

Para el lector, las preguntas del vigilante resultan irónicas. En la narrativa propuesta por Kafka son mencionadas con la sinceridad más profunda de un actuar correcto. El condenado comparte con K.<sup>33</sup> una escalofriante realidad: la ley, inmensa como se presenta y conocida como se reputa, cae con todo su arsenal sobre ellos; los asfixia con un nudo ingeniado por los grados más altos del andamiaje jurídico y cuyas normas penden de oficiales y vigilantes que nada comprenden sobre ideales. Sobre el propósito de legislar.

¡Qué premonitorio resulta Kafka! Vaticinando que su pluma escribe personas y no personajes. Realidades y no ficciones. Esto se asienta sobre el diálogo que tienen el explorador y el oficial sobre los planos que dibujó el comandante fallecido.

Mostró la primera hoja. El explorador hubiera querido hacer alguna observación pertinente, pero sólo vio líneas que se cruzaban repetida y laberínticamente, y que cubrían en tal forma el papel que apenas podía verse los espacios en blanco que las separaban.

Lea —dijo el oficial.

No puedo —dijo el explorador.

Sin embargo, está claro —dijo el oficial.<sup>34</sup>

31 *Ibíd.* 5.

32 Kafka, Franz. *El Proceso*. (Madrid: Edimat Libros, 2014) 9.

33 Protagonista del libro *El Proceso* de Franz Kafka.

34 Franz Kafka, *En la colonia penitenciaria*, 7.

El oficial defiende la máquina a toda costa, incluso a sabiendas de que pierde su vigencia con el pasar del tiempo. «De todos modos, la máquina todavía funciona, y se basta a sí misma. Se basta a sí misma, aunque se encuentra muy solitaria en este valle (...) aunque ya no se apiñan las muchedumbres como moscas en torno de la sepultura, como en otros tiempos» exclama el oficial. La máquina no es solo un aparato. Es un ícono. Un símbolo capaz de representar a cualquier sistema jurídico penal utilizado para destruir a las personas, sin importar su inocencia, ni considerar la proporcionalidad de sus penas. Sin pruebas, sin dignidad.

La máquina representa el ejercicio monopólico del poder violento por parte del Estado. Según Schmill, las correas y cadenas que inmovilizan al condenado representan la sujeción al poder estatal, “el sometimiento a su maquinaria, la sumisión a sus órdenes y la privación de libertad que se sufre por la coacción.”<sup>35</sup> El uso de la fuerza y la violencia es exclusivo del Estado. Ejerce su poder a través de la máquina y aquel que pretenda desafiar su autoridad será sometido. Todo sistema jurídico que se refleje —en parte o en todo— en la colonia penitenciaria de Kafka demuestra que la literatura no es solo ficción, sino un reflejo de la realidad.

El castigo que trae consigo «el aparato» no es una oportunidad de redención para el condenado. El oficial no busca reinsertarlo en su antiguo oficio, sino garabatear en su piel hasta dejarlo sin aliento en una clara desproporción de la pena. Una narrativa evidentemente ficticia que se refleja cada día con más claridad en los sistemas jurídicos modernos. Los condenados de la colonia y las personas privadas de libertad son menos ajenos entre sí; ambos con nulas oportunidades de redimirse ante la sociedad.

## 5. Apoteosis

El derecho y la literatura se muestran ante los lectores como el epítome de un estudio honesto sobre nuestra naturaleza. Sobre las formas de (auto)governarnos y comprendernos. De soportar los miedos y enfrentarlos. Derrumbar la Torre de Babel que antaño se interponía entre las asignaturas y juntarlas para componer un bastión infranqueable de armoniosa certeza sobre el corazón de los escritores, lectores y juristas.

Kafka, desde las primeras letras, sílabas y palabras, construye un texto que inquieta al lector y lo desafía a reflexionar sobre la (in)justicia y el derecho. Desde *El Proceso*, hasta el cuento *En la colonia*

<sup>35</sup> Ulises Schmill Ordóñez, *La conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, 30.

*penitenciaria*, crea personajes que trascienden la ficción. El oficial, el comandante, el explorador, el sentenciado y la máquina parecen sobrevivir al despiadado paso del tiempo —un siglo— que separa al lector del autor. Sobreviven en otros cuerpos. Las máquinas se (re)crean en diferentes sistemas jurídicos; los oficiales cambian de nombre, los comandantes tienen un nuevo rostro, los exploradores mutan y los sentenciados terminan condenados al poder de la máquina.

El oficial muere cegado por la desdicha de un presente ajeno a los ideales que formaron la colonia penitenciaria. Entrega su pellejo a una máquina obsoleta y averiada como la ideología que la vio nacer. No por redención, sino por resignación. El oficial y el condenado miran decepcionados a un explorador que los abandona con la satisfacción de haber cumplido con su función: observar. Un forastero indiferente a prestar soluciones que se limita a horrorizarse y esperar que esa negligencia dolorosa nunca llegue a sus tierras. La redención, en la colonia penitenciaria, es tan utópica como la justicia; la redención kafkiana no figura en el papel, sino en el lector. El autor retrata la precariedad del sistema jurídico con el propósito de redimirlo a través de sus fieles lectores, quienes desprecien

el destino de los personajes — quienes no se redimen— y busquen incrementar la distancia entre esta ficción y nuestra realidad. Mostrar con tinta una distopía jurídica en aras de redimirla.

## 6. Bibliografía

### Doctrina

- Aguar e Silva, Joana. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2002.
- Amaya, Amalia. *Metodologías comparatistas y literatura comparada*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Bonilla Zipa, Adriana. «Ficciones, historias e injusticias: Elementos sobre la relación entre literatura.» *Revista Direitos Culturais*, septiembre 2019: 307-327.
- Burgos, Juan Manuel. *Antropología breve*. Madrid: Ediciones Palabra, 2010.
- Falconí, Diego. «La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario.» *Iuris Dictio*, 2013: 147-158.
- Faulkner, William. «Discurso de aceptación al Premio Nobel de Literatura.» 1949.
- García Márquez, Gabriel. *La soledad en América Latina*. Suecia, 1982.
- Gutiérrez Rojas, Marisol. «Jóvenes, literatura y derechos humanos: Una experiencia en las aulas de Humanidades.» *Revista Humanidades: Revista de la Escuela de Estudios Generales*, 2016: 1-31.

- Jaramillo, Víctor Raúl. «Hermenéutica Simbólica.» *Perseitas*, 2020: 311-327.
- Jiménez, Mercedes Carreras. «Derecho y literatura.» *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1996: 32-62.
- Kafka, Franz. *El Proceso*. Madrid: EDIMAT LIBROS, 2014.
- . *En la colonia penitenciaria*. Barcelona: ACANTILADO, 1999.
- Magalhaes Gubert, Roberta, y André Karam Trindade. «Derecho y Literatura: Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho.» *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 2009: 164-213.
- Marí, Enrique E. «Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja.» *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1998: 251-288.
- Sáenz, Jimena. «Derecho y Literatura.» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2019: 273-282.
- Sáenz, Jimena. «Derecho y Literatura: El proyecto de Martha Nassbaum.» *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2019: 361-387.
- Schmill Ordóñez, Ulises. *La conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. «Derecho y literatura: Aspectos teóricos.» *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2013: 379-409.

# Vidyā: la jornada lexicográfica de una definición errónea

**Por:** María Helena Barrera-Agarwal<sup>1</sup>

## Resumen

Este trabajo busca delinear la jornada de una definición errónea del lema *vidyā* – “conocimiento”- desde idioma sánscrito al español, pasando por el inglés, el francés y el italiano. Tal definición aparece en numerosos diccionarios publicados en lenguas europeas durante el siglo diecinueve. El origen de la misma puede hallarse en el profundo interés que los estudios asiáticos gozaron desde principios de siglo, un interés que conllevó la incorporación lexicográfica de términos transliterados, tomados de documentos originalmente creados en lenguajes como el sánscrito y el tamil. Tales definiciones fueron, subsecuentemente, incluidas dentro de trabajos enciclopédicos. El examen de la circulación temporal y geográfica de *vidyā* permite reconstituir una amplia red de influencias intelectuales.

## Palabras clave

Lexicografía, sánscrito, transliteración, diccionarios, *vidyā*

<sup>1</sup> Abogada en libre ejercicio, miembro del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Barra de Abogados de Nueva York. Obtuvo sus títulos académicos en la Universidad Central del Ecuador, la Universidad de Montpellier (Francia), la Universidad de Grenoble (Francia), y Franklin Pierce Law Center (EEUU). Ha publicado ocho libros de ensayo y dos volúmenes de traducción. Es miembro de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, de la Academia Nacional de Historia (Ecuador), de Pen America (USA), y del India International Centre (India). En 2010, recibió el Premio Nacional Aurelio Espinosa Pólit, el reconocimiento literario de mayor importancia en el Ecuador. Correo: mhbarrerab@gmail.com

## 1. Introducción

¿De qué modo fluyen los lemas y sus contenidos de un diccionario a otro? Una pregunta tal nos obliga a contemplar el proceso de creación lexicográfica y la manera en que un diccionario puede influir en otros, tanto en su lengua original como en otros idiomas. Ese ejercicio – la genealogía de un lema – es raramente preciso excepto en el caso de lemas cuyas definiciones son erróneas. Su inexacto contenido las torna únicas, lo que a su vez hace posible explorar con precisión su linaje.

Una exploración de la genealogía lexicográfica del lema sánscrito *vidyā* (*sabiduría*) es interesante en tal contexto. Luego de ser incluido en el primer diccionario sánscrito-inglés de principios del siglo diecinueve, aparecerá sucesivamente en diccionarios de otras lenguas europeas. Un error en su definición hace posible trazar su tránsito temporal y geográfico, brindando así la posibilidad de considerar las influencias lexicográficas que se transparentan de tal jornada.

## 2. Sánscrito

Etimológicamente, el vocablo sánscrito *vidyā* (वदिया) se deriva de la raíz *vid* (वदि), que significa ‘conocimiento’ y ‘entendimiento’. En un erudito artículo, Uma Vaidya menciona que el primer uso documentado del mismo se halla en el *Atharvaveda*, escritura sagrada hindú de finales del segundo milenio antes de Cristo. Para determinar con mayor precisión el significado de *vidyā*, Vaidya cita el comentario que sobre el *Atharvaveda* escribiese el sabio Sāyaṇācārya en el siglo catorce de nuestra era:

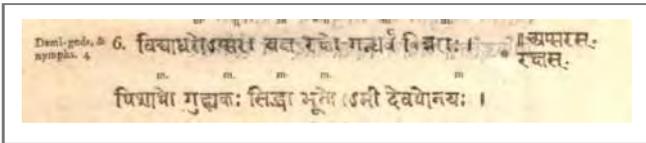
Sayana explica *vidyā* como “*Samskr̥tā buddhiḥ*’ que es calificada por especialización en una rama particular del conocimiento. En segundo lugar, *vidyā* significa la capacidad de discriminación entre lo bueno y lo malo, (i.e. *kāryākāryavibhāgajñāna*) y, en tercer lugar, *vidyā* es una conciencia cultivada. [...] ‘*vidyā*’ no solo significa leer, escribir o aprender, sino también las impresiones que quedan en nuestra mente gracias al leer y al escribir. Es la culminación de todo el proceso físico de aprendizaje que tiene lugar a nivel mental.<sup>2</sup>

Una de las palabras derivadas del concepto de *vidyā* es *vidyādhara* (वदियाधर) Etimológicamente, este término combina *vidyā* (वदिया), conocimiento, y *dhara* (धरा), apoyo o soporte. *Vidyādhara* implica así aquello que detenta o da soporte al conocimiento. En el *Vishnu Purana*, escritura sagrada hindú de finales del segundo milenio o principios del primer milenio antes de Cristo, el

2 Uma Vaidya, «The concept of *vidyā* and the graph of its evolution», *Vishveshvaranand Indological Journal*, Vol 39-41 (2012): 53.

vocablo aparece como el nombre de seres celestiales, “colmados de fe que asistían a Mahadeva [Shiva] el dios de las criaturas vivientes”.<sup>3</sup> Otras escrituras y tratados tanto devocionales como astronómicos y médicos mencionan también a los *vidyādhara*s como seres divinos que detentan y que difunden conocimientos.

La primera huella lexicográfica de *vidyā* y de *vidyādhara* emerge en el siglo cuarto antes de Cristo, en el más famoso de los tesauros en sánscrito, el *Nāmaliṅgānuśāsana*. Tal volumen, también conocido como *Amarakośa*, fue compilado por el eminente erudito y poeta Amera Sinha. En su primer *kāṇḍa* – *varga svargavargah* – la palabra *vidyādhara* está incluida en una lista de seres semi divinos y de ninfas:<sup>4</sup>



El *Amarakośa* no brinda ningún otro detalle sobre *vidyādhara* ni relaciona explícitamente el término con *vidyā*. Tan solo quince siglos más tarde, en una glosa escrita sobre el *Amarakośa*, ambas palabras coinciden dentro de una definición. El comentario en el que aparecen es el *Amarakośodghāṭana*, redactado por el sabio Bhaṭṭa Kṣīrasvāmin en el onceavo siglo después de Cristo. En su glosa a la palabra *vidyādhara*, Kṣīrasvāmin explica que tales seres “llevan consigo *vidyā*, *gutika*, *anjana* y otros muchos *vidyās*”:<sup>5</sup>

सिद्धगुह्यकभूता हि पिशाचा देवयोनय इति भागुरिः पपाठ । विद्याधरा जीभूतवा-  
हनादयः, खड्गगुटिकाऽजनादिविद्याधारिणश्च । अप्सु सरन्यस्यसो देवयोपितः

### 3. Inglés

En 1819, Horace Hayman Wilson publica el primer diccionario bilingüe sánscrito-inglés, *A Dictionary Sanscrit and English*. Su trabajo se basa en materiales previamente compilados por eruditos indios para el College of Fort William en Kolkata. Entre los lemas aparece *vidyā*, con cuatro definiciones:<sup>6</sup>

3 Horace Hayman Wilson, ed., *The Vishṇu Purāṇa: A System of Hindu Mythology and Tradition* (Londres: The Oriental Translation Fund, 1840)

4 Henry Thomas Colebrooke, ed., *Amera Sinha. Cōsha; or, Dictionary of the Sanskrit language* (Serampoor: Printed by Mr. Carey, 1808), 2.

5 Bhaṭṭa Kṣīrasvāmin, *Amara's Nāmaliṅgānuśāsana: with the commentary Amarakośodghāṭana of Bhaṭṭa Kṣīrasvāmin. Critically edited with introduction and English equivalents, and various indices*. Ed. por Har Dutt Sharma y N. G. Sardesai (Poona: Oriental Book Agency, 1941), 5.

6 Horace Hayman Wilson, *A Dictionary Sanscrit and English: Translated, Amended and Enlarged, from an Original Compilation prepared By Learned Natives for the College of Fort William*. (Calcuta: The Hindostanee Press, 1819)

विद्या f. (-द्या) Knowledge, learning, science, whether sacred or profane, though more especially the former: it is sometimes classed into fourteen divisions; or the four *Védas*; the six *Angas* or grammar, astronomy, &c.; the *Purānas* as the eleventh class; and the *Mīmāṃsū* or theology; *Nyāya* or logic; and *Dharma* or law, as the remaining three. *Jatā.* ३ The goddess *DURGA*. *Sabd. R.* ३ A tree, (*Premna spinosa*). *Sabd. Ch.* ४ A magical pill or bolus, by putting which into the mouth a person has the power of ascending to heaven. ४. विद् to know, and aff. क्यप्.

Las tres primeras definiciones coinciden con aquellas de tesauros sánscritos. Aquella final, empero, es totalmente inusual: “una píldora mágica o bolus, que, al ponerse en la boca de una persona, brinda a la misma el poder de ascender al cielo.” (*A Dictionary* 814) Ningún ejemplo de uso del vocablo *vidyā* en sánscrito justifica una descripción tal. De hecho, esa definición va en contra de la naturaleza puramente abstracta del vocablo, de acuerdo con las fuentes sánscritas tradicionales. Ello se confirma al consultar la gramática de Pānini, como explica Uma Vaidya:

“La intención de Pānini no es exponer significados, empero ha explicado la palabra *vidyā* con un sufijo que denota acción, y, en consecuencia, de acuerdo con Pānini, *vidyā* es un proceso. Conforme a la regla III.3.99 de Pānini, la raíz *vid* toma el sufijo *kyap* (elemento activo ya) en el sentido de acción o bhava. El sufijo femenino *tap* se añade y la forma vinal es *vidyā*. Debe inferirse de acuerdo con ello que Pānini trata *vidyā* como una actividad o un proceso.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Vaidya, “The concept of *vidyā*”, 60-61.

<sup>8</sup> Kṣīrasvāmin, *Amara's...*, 5.

<sup>9</sup> Alexandre Langlois, *Monumens littéraires de l'Inde ou Mélanges de littérature sanscrite: contenant une exposition rapide de cette*

La definición de Wilson parece derivarse de una confusión relacionada con la citada glosa de Kṣīrasvāmin. Como se ha mencionado, en su comentario éste menciona que los *vidyādhara*s “llevan consigo *vidyā*, *gutika*, *anjana* y otros muchos *vidyās*”.<sup>8</sup> Una lectura superficial de la frase puede llevar a identificar la forma física de los objetos mencionados en tal pasaje - *gutika* (गुटिका), píldora, y *anjana* (अञ्जन) colirio – con el conocimiento, *vidyā*, que los hace posible. El que la *gutika* sea generalmente redonda y pequeña daría así lugar a la idea de ‘píldora mágica’.

#### 4. Francés

El libro de Wilson es material indispensable a la época. El interés por los estudios indostánicos es intenso en Europa, y el dominio del sánscrito una necesidad para quienes desean entregarse a los mismos. En Francia, un joven intelectual, Simon-Alexandre Langlois, se interesará en el tema. En 1827, publicará su primer libro, *Monumens littéraires de l'Inde ou Mélanges de littérature sanscrite*. Una de las traducciones que incluye en tal volumen es un extracto del *Harivamsa Purana*, escritura sagrada de la India. En una nota sobre esa traducción, Langlois define así la palabra *vidyā*:<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Un *vidyā* est une espèce de hol enchanté, auquel on suppose

une grande vertu. Il suffit de le mettre dans sa bouche et de former un souhait, pour qu'il soit de suite exaucé. Je vois d'ici

La semejanza con la definición de Wilson es evidente. Se comprende mejor la razón de esta cuando se considera que el extracto hace parte de una traducción del *Harivamsa Purana*, que Langlois efectúa no del original sánscrito, sino de un libro de Horace Hayman Wilson, *Select Specimens of the Theatre of the Hindus*. En 1828, Langlois publica en París su versión completa del libro de Wilson, que intitula *Chefs-d'oeuvre du théâtre Indien*.<sup>10</sup> Langlois presenta su trabajo como una traducción del volumen de Wilson. A pesar de tal descripción, el resultado de sus labores no es idéntico al original del británico, pues contiene una sección que no aparece ni en el libro de Wilson ni en la traducción de éste al alemán, ejecutada por Erster Theil. Ese material es un glosario que Langlois basa sustancialmente en el diccionario sánscrito-inglés de Wilson, aún sin mencionarlo.

Entre los lemas propuestos por Langlois en su glosario aparece *vidyādhara*, con una corta explicación

sobre su significado y etimología en relación con *vidyā*: “una pequeña bola preparada que se coloca en la boca, y que da un poder extraordinario, como la facultad de subir al cielo, de hacer aparecer a la persona que se quiera, etc.”<sup>11</sup>

**VIDYADHARA.** C'est une espèce de génie qui traverse les airs sur un char léger ; c'est un sylphe, habitant invisible du monde intermédiaire, et qui possède un pouvoir surnaturel et magique. Le mot *vidyādhara* signifie porteur d'un *vidyā* : c'est une petite balle préparée que l'on met dans sa bouche, et qui vous procure une puissance extraordinaire, comme la faculté de monter au ciel, de faire paraître la personne que vous voulez, etc. Les *vidyādharas* sont de la classe de ces êtres divins qu'on appelle encore *siddha* et *tcharana*. La femme d'un *vidyādhara* s'appelle *vidyādhari*. Ils tiennent à la cour d'Indra, quoiqu'ils aient des chefs et des princes qui leur sont particuliers. Ils ont des rapports fréquents avec les hommes ; ils viennent sur la terre contracter des mariages, et y prennent même des épouses parmi les filles de rois.

La única fuente posible para la definición dada por Langlois es el diccionario de Wilson. Langlois la incluirá también en la primera traducción integral del *Harivamsa Purana* al francés, bajo el título *Harivansa ou Histoire de la famille de Hari*.<sup>12</sup> Esa obra, de considerable popularidad entre eruditos, cimentará su reputación en Europa y convertirá sus libros en fuentes de material para lexicógrafos.

La primera apropiación del glosario de Langlois tiene lugar tempranamente y en su país natal. En 1836, cuando Nicolas-Auguste Dubois publica su *Nouveau manuel complet de mythologie*, se puede leer en el mismo el lema *vidyādhara* de un modo que retoma el texto de Langlois casi literalmente:<sup>13</sup>

*littérature, quelques traductions jusqu'à présent inédites, et un aperçu du système religieux et philosophique des Indiens d'après leurs propres livres* (Paris: Chez Lefebvre, Libraire, 1827), 178-179.

<sup>10</sup> Alexandre Langlois. *Chefs-d'oeuvre du théâtre Indien. Traduits de l'original sanscrit en anglais par M.H.H. Wilson, et de l'anglais en français par A. Langlois. Accompagnés de notes et d'éclaircissements et suivis d'une table alphabétique des noms propres* (Paris: Imprimerie de Dondey Dupré, 1828)

<sup>11</sup> Langlois, *Chefs-d'oeuvre...*, 473.

<sup>12</sup> Alexandre Langlois, *Harivansa ou Histoire de la famille de Hari, ouvrage formant un appendice du Mahabharata et traduit sur l'original sanscrit par M. A. Langlois* (Londres: Printed for the Oriental translation fund of Great Britain and Ireland, 1834)

<sup>13</sup> Nicolas-Auguste Dubois, *Nouveau manuel complet de mythologie, comprenant les mythologies grecque, romaine égyptienne, syrienne, etc.* (Paris: Librairie Encyclopédique de Robert, 1836), 339.

*Vidyādhara* est une espèce de génie qui traverse les airs sur un char léger; c'est un sylphe, habitant invisible du monde interlunaire, et qui possède un pouvoir surnaturel et magique. Le mot *Vidyādhara* signifie porteur d'un *vidyā*: c'est une petite boule préparée que l'on met dans sa bouche, et qui procure une puissance extraordinaire, comme la faculté de monter au ciel, de faire paraître la personne que l'on veut, etc.

En 1842, la definición de Dubois es incluida a su vez en el *Complément du Dictionnaire de l'Académie Française*:<sup>14</sup>

*passé devant l'antre de Vishnou.*  
**VIDYA.** s. m. (myth. ind.) Petite boule, préparée selon certaines recettes superstitieuses; les Hindous lui attribuent la vertu de communiquer des pouvoirs surnaturels à celui qui la met dans sa bouche. Le *vidya* donne le pouvoir de s'élever au ciel, de faire paraître la personne que l'on désire voir, etc.

En 1846, Louis Nicolas Bescherelle incluye un lema idéntico en su *Dictionnaire National ou Dictionnaire Universel de la Langue Française*:<sup>15</sup>

**VIDYA.** s. m. Relat. Petite boule préparée selon certaines recettes superstitieuses. Les Hindous lui attribuent la vertu de communiquer des pouvoirs surnaturels à celui qui la met dans sa bouche. Le *vidya* donne le pouvoir de s'élever au ciel, de faire paraître la personne que l'on désire voir.

En 1854, Charles Gabriel Thales Bernard publica en Francia su versión de un libro de Eduard Jacobi, *Handwörterbuch der griechischen und römischen Mythologie*,<sup>16</sup> bajo el título *Dictionnaire mythologique universel*. Igual que en el caso de Langlois respecto del libro de Wilson, Bernard altera el volumen de Jacobi con la inclusión de lemas adicionales, entre los cuales se encuentra el lema *vidyā*, idéntico a la versión dada por la Academia:<sup>17</sup>

**VIDYA.** Petite boule, préparée selon certaines recettes superstitieuses; les Hindous lui attribuent la vertu de communiquer des pouvoirs surnaturels à celui qui la met dans sa bouche. Le *vidya* donne le pouvoir de s'élever au ciel, de faire paraître la personne que l'on désire voir, etc.

En 1866, Pierre Larousse incluye el lema *vidyā* en su *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*. El texto de entrada es una ligera paráfrasis de aquel del *Complément del diccionario de la Academia Francesa*, claramente utilizado como fuente:<sup>18</sup>

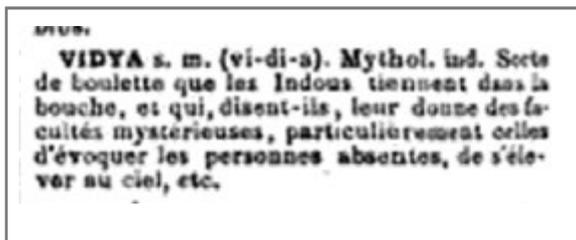
<sup>14</sup> Académie Française, *Complément du Dictionnaire de l'Académie Française; publié sous la direction d'un Membre de l'Académie Française, avec la coopération de MM. les Collaborateurs, et précédé d'un préface par M. Louis Barré, Professeur de Philosophie* (Paris: Typographie de Firmin Didot Freres, 1842), 1859.

<sup>15</sup> Louis Nicolas Bescherelle, *Dictionnaire National ou Dictionnaire Universel de la Langue Française* (Paris: Chez Simon Editeur, 1846), 1625.

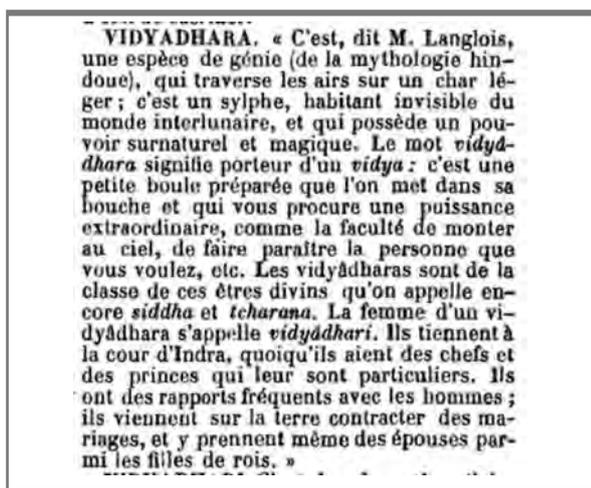
<sup>16</sup> Eduard Adolf Jacobi, *Handwörterbuch der griechischen und römischen Mythologie* (Liepzig: Koburg, 1830-1835)

<sup>17</sup> Charles Gabriel Thales Bernard, *Dictionnaire mythologique universel, ou Biographie mythique des dieux et des personnages fabuleux de la Grèce, de l'Italie, de l'Égypte, de l'Inde, de la Chine, du Japon, de la Scandinavie, de la Gaule, de l'Amérique, de la Polynésie, etc., par le Dr E. Jacobi, traduit de l'allemand, refondu et complété par Th. Bernard* (Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1854), 505.

<sup>18</sup> Pierre Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle* (Paris: Larousse et Boyer, 1866), 1004.



La transferencia del lema, empero, no es siempre directa. En 1851, François-Marie Bertrand retomará también los lemas *vidyādhara* and *vidyā* en su *Dictionnaire universel, historique et comparatif, de toutes les religions du monde*. Bertrand no utilizará el diccionario de la Academia. Siguiendo sus hábitos de cuidadoso lexicógrafo, no olvidará mencionar su fuente – la obra de Langlois:<sup>19</sup>



## 5. Español

La siguiente etapa de difusión del lema ocurre fuera de las fronteras francesas. En 1847, Ramón Joaquín Domínguez publica en España su *Diccionario nacional*.<sup>20</sup> Es una obra de extraordinario impacto, al esforzarse Domínguez en crear un libro tan amplio como enciclopédico. En virtud de tal intención, recurre no solo al vocabulario corrientemente utilizado en la España de su tiempo, sino a fuentes lexicográficas de diversos idiomas. Ello tiene por resultado la introducción de lemas jamás utilizados en español, con definiciones directamente traducidas de glosarios y diccionarios extranjeros.

En 1987, Manuel Seco estableció que una de las fuentes principales utilizadas por Domínguez fue de seguro el *Dictionnaire National* de Bescherelle.<sup>21</sup> Tal noción se sustentaba en las múltiples semejanzas entre las dos obras, un nombre idéntico, un diseño similar y buen número de definiciones traducidas literalmente. La inclusión del lema *vidyā* confirma tal proveniencia:<sup>22</sup>

19 François-Marie Bertrand, *Dictionnaire universel, historique et comparatif, de toutes les religions du monde: comprenant le judaisme, le christianisme, le paganisme, le sabéisme, le magisme, le druidisme, le brahmanisme, le bouddhisme, le chamisme, l'islamisme, le fétichisme, etc., avec toutes leurs branches* (Paris: Migne, 1851), 1058.

20 Ramon Joaquín Domínguez, *Diccionario nacional o Gran diccionario clásico de la lengua española, el más completo de los publicados hasta el día* (Madrid: Establecimiento Léxico Tipográfico de R. J. Domínguez, 1847)

21 Manuel Seco, "Ramón Joaquín Domínguez", en Manuel Seco, *Estudios de lexicografía española* (Madrid: Paraninfo, 1961)

22 Ramón Joaquín Domínguez, *Diccionario...*, 1730.

**Vidya, s. m.** Pequeña bola preparada con arreglo á unas recetas supersticiosas á la que los habitantes del Indostan atribuyen la virtud de comunicar poderes sobrenaturales al que se la mete en la boca.  
**Vidyadhara, s. m. Relac.** Nombre dado por los indios á ciertos seres sobrenaturales, especies de silfos que son de la misma clase que los Sálidas; habitan la corte de Indra y traban frecuentemente relaciones con los hombres.

El libro de Domínguez se convirtió en fuente para lexicólogos en España. Jamás fue incorporado en el Diccionario de la Academia, probablemente por su obvia falta de uso. Ello no impidió que lema *vidyā* fuese incorporado en otros diccionarios y enciclopedias, particularmente aquellos especializados. Entre ellos se destacan la *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana*, editada por Espasa Calpe (1980) y en el *Ensayo de un diccionario mitológico universal*, de Carlos Sáinz de Robles, publicado por Aguilar.<sup>23</sup> (772)

La más sorprendente derivación, empero, hace parte del *Nuevo diccionario inglés-español y español-inglés*, de J. M. López y E. R. Bensley, editado en París en 1887:<sup>24</sup>

**Vidya m. ve-de-yah.** Vidya, a small ball prepared with certain superstitious rites in India, to which is attributed the virtue of conferring supernatural powers on those who place it in the mouth.

Luego de ser erróneamente traducido del sánscrito al inglés, el lema *vidyā* ha transitado el francés y el español, para, finalmente, ser traducido de nuevo al inglés, en

calidad de vocablo tomado del español. Buen ejemplo de cuán sorprendente puede llegar a ser la jornada lexicográfica de la definición errónea de una palabra que, paradójicamente, significa conocimiento.

## 6. Bibliografía

### Doctrina

Académie Française, Complément du Dictionnaire de l'Académie Française ; publié sous la direction d' un Membre de l'Académie Française, avec la coopération de MM. les Collaborateurs, et précédé d'un préface par M. Louis Barré, Professeur de Philosophie. Paris: Typographie de Firmin Didot Freres, 1842.

Bensley, E. R. y J. M. López, Nuevo diccionario inglés-español y español-inglés. Paris: Garnier Hermanos, editores, 1887.

Bertrand, François-Marie. Dictionnaire universel, historique et comparatif, de toutes les religions du monde: comprenant le judaisme, le christianisme, le paganisme, le sabéisme, le magisme, le druidisme, le brahmanisme, le bouddhisme, le chamisme, l'islamisme, le fétichisme, etc., avec toutes leurs branches (Paris: Migne, 1851), 1058.

Bescherelle, Louis Nicolas Dictionnaire National ou Dictionnaire Universel de la Langue Française. Paris: Chez Simon Editeur, 1846.

Colebrooke, Henry Thomas ed., Amla Sinha. Cōsha; or, Dictionary of the Sanskrit language. Serampoor: Printed by Mr. Carey, 1808.

<sup>23</sup> Carlos Sáinz de Robles, *Ensayo de un diccionario mitológico universal: precedido de un estudio acerca de los mitos y de las religiones paganas* (Madrid: Aguilar, 1944), 772.

<sup>24</sup> E. R. Bensley y J. M. López, *Nuevo diccionario inglés-español y español-inglés* (Paris: Garnier Hermanos, editores, 1887), 632.

- Domínguez, Ramon Joaquín. Diccionario nacional o Gran diccionario clásico de la lengua española, el más completo de los publicados hasta el día. Madrid: Establecimiento Léxico Tipográfico de R. J. Domínguez, 1847.
- Dubois, Nicolas-Auguste. Nouveau manuel complet de mythologie, comprenant les mythologies grecque, romaine égyptienne, syrienne, etc. Paris: Librairie Encyclopédique de Robert, 1836.
- Hayman, Horace Wilson, A Dictionary Sanscrit and English: Translated, Amended and Enlarged, from an Original Compilation prepared By Learned Natives for the College of Fort William. Calcuta: The Hindostanee Press, 1819.
- Hayman, Horace, ed, The Vishṇu Purāṇa: A System of Hindu Mythology and Tradition. Londres: The Oriental Translation Fund, 1840.
- Jacobi, Eduard Adolf. Handwörterbuch der griechischen und römischen Mythologie. Liepzig: Koburg, 1830-1835.
- Kṣīrasvāmin, Bhaṭṭa Amara's Nāmaṅgānuśāsanam: with the commentary Amarakośodghāṭana of Bhaṭṭa Kṣīrasvāmin. Critically edited with introduction and English equivalents, and various indices. Ed. por Har Dutt Sharma y N. G. Sardesai. Poona: Oriental Book Agency, 1941.
- Langlois, Alexandre. Monumens littéraires de l'Inde ou Mélanges de littérature sanscrite: contenant une exposition rapide de cette littérature, quelques traductions jusqu'à présent inédites, et un aperçu du système religieux et philosophique des Indiens d'après leurs propres livres. Paris: Chez Lefebvre, Libraire, 1827.
- Langlois, Alexandre. Chefs-d'oeuvre du théâtre Indien. Traduits de l'original sanscrit en anglais par M.H.H. Wilson, et de l'anglais en français par A. Langlois. Accompagnés de notes et d'éclaircissemens et suivis d'une table alphabétique des noms propres. Paris: Imprimerie de Dondey Dupré, 1828.
- Langlois, Alexandre. Harivansa ou Histoire de la famille de Hari, ouvrage formant un appendice du Mahabharata et traduit sur l'original sanscrit par M. A. Langlois. Londres: Printed for the Oriental translation fund of Great Britain and Ireland, 1834.
- Larousse, Pierre. Grand dictionnaire universel du XIXe siècle. Paris: Larousse et Boyer, 1866.
- Sáinz de Robles, Carlos. Ensayo de un diccionario mitológico universal: precedido de un estudio acerca de los mitos y de las religiones paganas. Madrid: Aguilar, 1944.
- Seco, Manuel "Ramón Joaquín Domínguez", en Manuel Seco, Estudios de lexicografía española. Madrid: Paraninfo, 1961.
- Thales Bernard, Charles Gabriel. Dictionnaire mythologique universel, ou Biographie mythique des dieux et des personnages fabuleux de la Grèce, de l'Italie, de l'Égypte, de l'Inde, de la Chine, du Japon, de la Scandinavie, de la Gaule, de l'Amérique, de la Polynésie, etc., etc., par le Dr E. Jacobi, traduit de l'allemand, refondu et complété par Th. Bernard. Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1854.
- Vaidya, Uma «The concept of vidyā and the graph of its evolution», Vishveshvaranand Indological Journal, Vol 39-41 (2012)

# MUESTRA DE POESÍA

## El amanecer en la poesía de Micaela Paredes Barraza

**Por:** Miguel Molina Díaz

Pertenece al poeta místico San Juan de la Cruz la noción de la *noche oscura del alma*, un estadio espiritual marcado por la soledad, la ausencia de luz y certeza, la desolación. Todos los seres humanos, en algún momento, hemos transitado por una o varias noches oscuras, más aún los poetas, y es muy probable que ese trayecto resulte sustancial para quien escribe en su forma de ver la palabra y el mismo lenguaje, en su visión del mundo. Micaela Paredes Barraza (Santiago de Chile, 1993), pienso, entró con su primer libro *Nocturnal* (Cerrojo Ediciones, 2017) a la noche oscura del alma con los ojos abiertos. Exploró las más insondables regiones del silencio. Y, en algún punto, quizá gracias a la contemplación de la palabra como experiencia metafísica, la más metafísica de todas, encontró el amanecer.

*Ceremonias de interior* (Cerrojo Ediciones, 2017), su segundo poemario, es, ante todo, un testimonio de sobrevivencia. Quizá para los místicos el sentido de la noche oscura del alma implicaba, esencialmente, el descubrimiento de la propia luz que reposa en los confines de la mente, del espíritu y del cuerpo, la luz que proyectamos como seres vivos. Con este segundo libro, Paredes Barraza, ofrece una poesía consciente de su luz, de su diáspora, de su capacidad de reinventar el amor como experiencia ontológica en la vida. Le acompañan en sus búsquedas, como antorchas, los grandes desafíos de la tradición de nuestra lengua: no pretende nuevas formas desde la arrogancia de los poetas que carecen de memoria. Al trabajar el lenguaje sabe, como T.S. Eliot, conservar un *sentido histórico*, que la hace más agudamente consciente no sólo de lo pasado de lo pasado, sino de su presencia y de la particular manera que tiene el pasado de iluminarnos el presente.

---

<sup>1</sup> Máster en Escritura Creativa por la Universidad de Nueva York y Licenciada en Letras Hispánicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha publicado los libros *Nocturnal* (2017), *Ceremonias de Interior* (2019) y la antología *Adiós a Ítaca* (2020).

Además de poemas de esos dos libros, esta muestra poética incluye tres textos inéditos de Paredes Barraza, que da cuenta de nuevas búsquedas formales y sustantivas: el entendimiento de los sueños, del paso del tiempo, la amistad, el poder misterioso del olvido, y otras malditas circunstancias de la existencia humana, que es corpórea. Quizá estos poemas también nos hablan de la memoria de la música, del sentido onírico de las imágenes que vemos y, sobre todo, de los viajes; ese viaje que aún no se acaba y está lejos de acabarse. Ítaca estará en algún lugar de la memoria o el sueño, esperando.

Es vieja y luminosa la amistad de la poesía chilena con la ecuatoriana. Además de compartir la lengua de Dolores Veintimilla y Gabriela Mistral, la de Neruda, Adoum, Nicanor Parra y Jorge Carrera Andrade, compartimos el océano que iracundo golpea la angosta y larga franja de tierra sobre la que se extiende la cordillera de los Andes. Es indudable que el lenguaje de estas geografías tiene en su centro neurálgico un cúmulo de imágenes poéticas. Por eso, para este número de la revista *Ius Constitutionale*, presentamos al público del Ecuador una de las voces más sólidas de la poesía chilena contemporánea.

# MICAELA PAREDES BARRAZA

## (Santiago de Chile, 1993)

### NOCTURAL

#### Noche adentro

Escucho una estampida de pájaros nocturnos,  
el eco que repiten las piedras sin memoria.  
Las hojas empozadas se sueñan en su rama  
mientras las aguas callan el curso de las horas.

Solo he vivido un día y todo ha sido noche.

Herida de ceniza mi frente aún espera.  
Oscuras mariposas en mis manos escampan.  
Sus alas rotas cargan la errancia de otro entonces,  
las esquirlas de un tiempo que en ofrenda se alza.

Vivir es soñar días sabiendo que es de noche.

## Todavía

No sé, cuando me miras, si el que mira desde el pozo sin tiempo de esos ojos me pregunta por mí o por los despojos de otra que escondida en mí respira.

Adentro vuelve a arder la antigua pira y me infunde en los huesos, a su antojo, el temblor de otro entonces. Me acongojo al sentir ese puente que me estira

tu mirada extraviada en tanto olvido, ese *ta/vez* que dieron por perdido los que hoy de nuevo cómplices reviven

en pupilas de húmeda tristeza, la herida compartida y la promesa que nuestras manos trémulas reescriben.

## Fábula primera

Fraguados a la sombra de los años no saben ver los ojos sino con la memoria: el hoy es mala enmienda de un ayer parido en falta.

El tiempo se sucede y no nos crece, apenas domestica un poco de aquel miedo ahora ponderado bajo el nombre de recato, buen juicio, sensatez, en fin, miseria.

El mismo monstruo acecha tras la puerta. Inerme, cada noche, con lágrima humillada vuelves a ser la niña que desangrara el sueño. La misma piedra punza entre las sientes llorándote lo cierto.

## CEREMONIAS DE INTERIOR

### Cernuda desoído

Debí haberme atendido al primer verso  
de este diálogo sordo  
en que nos empeñamos todavía  
cuando nadie más nos oye:  
*No intentemos el amor nunca*  
sentenciaste sin palabras,  
advirtiéndome el comienzo del derrumbe,  
tan temprano,  
pero inscrito ya en los huesos  
del amor que desoído  
hoy perturba el sosiego de tus sábanas  
como un terror nocturno,  
cuando en la soledad, desde mi exilio,  
pronuncio tu otro nombre.

### Quimera

No eres tú,  
es la violencia de un instante  
en que un par de sutiles elementos  
coinciden sin afán de eternidad.  
No tú sino el color de nuestros barro,  
la fragua de dos lenguas curtiéndose en lo oscuro  
a punta de destiempos.

Sin embargo eres tú que me sucedes  
desde siempre:  
el temblor del desvelo hecho sangre,  
el ardor de los nombres y la piedra en las sienes,  
todo el peso de un cuerpo vuelto tacto en las manos,  
la humedad dilatada de la espera.  
La quimera que soy cuando me insiste  
la memoria de todo lo no sido.

## Adiós a Ítaca

No hubo fórmula al momento del inicio,  
solo esbozos de un intento inacabado.  
Repetiste las palabras, estas mismas  
que hoy callan la extensión inabarcable de la herida,  
las memorias obsesivas de lo impropio  
hecho signo y semejanza.

Solo a ojos cerrados han llegado los venidos,  
por amor al propio barro y al dolor que otros pactaron.  
Escucha: qué silencio, qué silencio...  
te reciben entre espejos vibrantes.  
Pero sabes que la luz no alcanzaría,  
que se posa solamente en lo que ha muerto  
acariciado por el tiempo.

Que sigan respirando los no iniciados, piensas,  
en la temperatura de las piedras,  
en la promesa que aún habitas  
entre el deseo y la renuncia.

## INÉDITOS

### A partir de un sueño de Pedro Lastra

Más reales que nunca, ya sin el tiempo encima,  
recobrados al borde de otro sueño,  
me dejarás acompañarte una vez más  
por el camino hacia ti mismo  
para alzar una plegaria por los días  
de juventud que no compartimos  
y seguiremos olvidando juntos  
y por la noche de los años que me espera  
para cuando tú ya seas otra vez inmortal.

Amigo, viejo amigo:  
nunca hemos dejado de encontrarnos  
en las esquinas de un único sueño.  
Así sea hasta el entonces  
de la última vigilia  
en que despiertos nos miremos, al fin,  
por vez primera.

### El peso de otra isla

*Los cuerpos, dominados por la luz, se repliegan  
ante el asesinato de la piel.*

Virgilio Piñera

Ojalá pudiera hablar de la maldita circunstancia  
más allá de la epidermis,  
enumerar las formas exteriores de la miseria,  
su proliferación convertida en fuego.  
Testar el barro que penetra en los oídos,  
describir cómo se reinventan córneas e incineran cuerpos  
en una isla real y su horrorosa circunstancia.  
Palpar el tiempo en los escombros de la carne;  
no tener más el derecho a imaginar  
las circunstancias mientras sostengo todo el peso  
de una isla inexistente en la cabeza.



# MUESTRA DE FOTOGRAFÍA

## Efrén Guerrero, artesano de la imagen

**Por:** Gandhi Vela Vargas

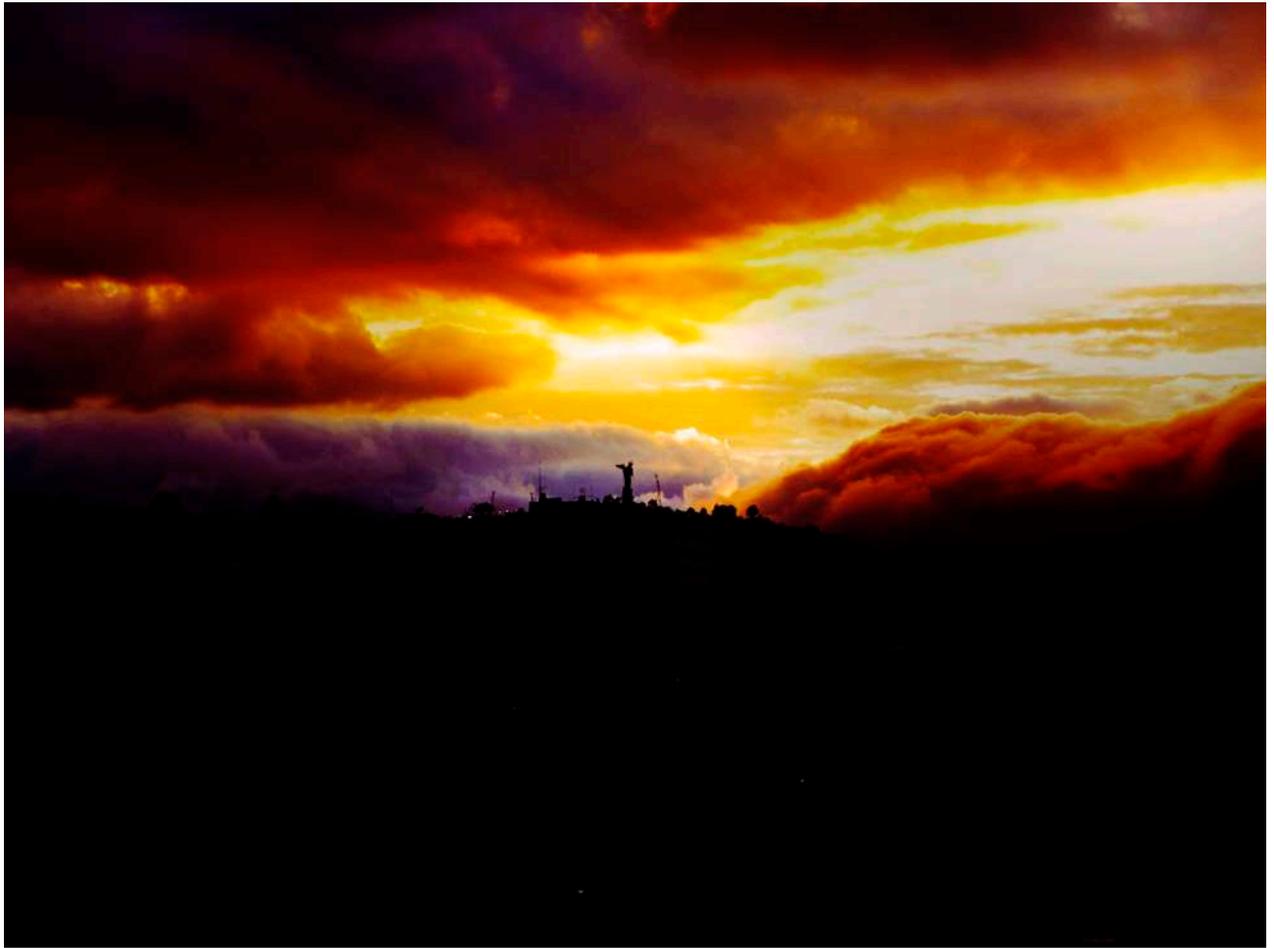
Fotografiar es más que captar imágenes con una cámara, es un proceso que fija en un sustrato analógico o digital una imagen en el ángulo e instante elegidos por el autor, sea por coincidencia o con intención de hacerlo de esa manera. En una fotografía se asientan sobre dos dimensiones el espacio y también el tiempo, pues ese intervalo seleccionado para ser captado queda fijado por la luz en el sensor de la cámara. Un fotógrafo fija la imagen utilizando su destreza, imaginación, técnica y también su instinto. A veces se los denomina artistas, pero trabajan como artesanos. La creación de imágenes que logren cautivar, conmover, sorprender, fascinar y otras emociones que puedan causar, conlleva un proceso de pulir paso a paso su trabajo, con dominio total sobre sus herramientas, como el ebanista que trabaja a la perfección su obra.

Parecería paradójico que un jurista presente una muestra fotográfica, pero Efrén Guerrero es un artesano de la imagen y quien lo ha visto caminar, cámara en mano, buscando ese momento especial, comprende que domina esas herramientas y busca el instante de plasmar con un clic del obturador ese soplo del espacio-tiempo lleno de personalidad. Son varios años que este abogado ha dedicado a la fotografía, tiempo en el que ha perfeccionado el ser artesano de la cámara fotográfica y la imagen. Publicó el libro *La línea de sombra* (Rayuela, 2016), el cual contempla la obra trabajada entre 2007 y 2015, en la que muestra fotografías que son su visión de su Quito, especialmente el centro histórico, del cual retrata el alma y personalidad de la ciudad y sus habitantes. En este libro, rinde homenaje a las personas que viven a la sombra de la modernización acelerada del Ecuador.

En la muestra escogida para esta revista, se aprecian fotografías donde los planos, los colores y el movimiento son perfectamente arrebatados y moldeados por el lente, diafragma y exposición. Apreciamos primero el cielo quiteño con la silueta de la Virgen de Legarda sobre el Panecillo durante un atardecer. Esto nos hace pensar que se derramaron las acuarelas de los dioses del firmamento para atestiguar la mezcla de coloraciones en el efímero momento en el que la luz del sol

está de partida al finalizar el día. Por otro lado, en otra panorámica de paisaje la astrofotografía fija al cielo estrellado y aquella estrella fugaz proveniente de esa lluvia de meteoritos anual denominada perseidas nos hace pensar en las lágrimas que San Lorenzo vertió al ser quemado en la hoguera y, por eso, se apoda a éste fenómeno celeste como lágrimas de San Lorenzo. También podemos ver la interacción entre naturaleza y humanos a las orillas del Pacífico, una danza entre los reinos marino, terrestre y aéreo en ese momento que atestiguamos varias comuniones como la del agua con la tierra y el humano siendo el puente entre estas dos y el aire. Y, finalmente, apreciamos los vuelos de un mamífero marino y de un ave, ambos para maravillarse.

El arte es una forma de actividad humana que consiste en transmitir a otros los sentimientos de una persona de forma consciente y voluntaria, por medio de caracteres, figuras e imágenes exteriorizadas. Las fotografías aquí presentadas son, sin duda, imágenes que logran trasladar emociones, son estas artesanías de un abogado que se convierten en arte. Por esto, en el presente número de *Ius Constitutionale*, Revista de Derecho Constitucional, presentamos la muestra fotográfica de Efrén Guerrero, quien con maestría de artesano interseca el mundo jurídico y el de la fotografía.



**Legarda enciende el cielo**



## Lágrimas de San Lorenzo



**Pesca y caza**



## El mar y la multitud



**Salto al Pacífico**



**Aleteo andino**

# COLABORADORES



### **Emilio Suárez Salazar**

(Cuenca, 1987) Especialista y Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Es socio del estudio jurídico Durini & Guerrero Abogados. Ejerce como docente en la Universidad Andina Simón Bolívar en los programas de posgrado de Derecho Constitucional y Derecho Procesal y también en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito en pregrado. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.

### **Karina Tello Toral**

(Quito, 1987) Magíster en Derecho Público por la U.P.M.F Grenoble II – Francia y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente, es candidata a Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Central del Ecuador y asesora Corte Constitucional del Ecuador.

### **Karla Cárdenas Bahamontes**

(Quito, 1994) Abogada por la Universidad Central del Ecuador. Trabaja como asesora en la Corte Constitucional del Ecuador.

### **Esteban Polo Pazmiño**

(Quito, 1988) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, diplomado en Derecho Procesal y Litigación por la Universidad Austral, Argentina; máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla- La Mancha, España. Ha ejercido como abogado en libre ejercicio, coordinador jurídico en la Corte Nacional de Justicia; coordinador de despacho y actualmente asesor de la Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente de posgrado en los programas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Universidad Católica de Cuenca. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.

### **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 trabajado en proyectos de investigación en el sector privado y público en temas de política exterior, trabajo doméstico, género, derecho internacional y derecho constitucional. Actualmente, es funcionaria en la Coordinación Técnica de Investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

### **Miguel Molina Díaz**

(Quito, 1992) Master of Fine Arts (MFA) en Escritura Creativa en Español en la Universidad de Nueva York (NYU). Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, donde se graduó con menciones en Derechos Humanos y Literatura. Sus áreas de investigación son derecho de libertad de expresión, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derecho constitucional, y estudios interdisciplinarios entre literatura y derecho. Ha publicado *Postales* (Jaguar Editorial, 2017), *Cuaderno de la Lluvia* (Dinediciones, 2020), 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.

### **Cristina Pazmiño Carrera**

(Quito, 1995) Abogada por la Universidad San Francisco de Quito y Licenciada en Periodismo Multimedios por la misma universidad. Graduada con honores Magna Cum Laude en las dos profesiones. Ha escrito para diversos medios nacionales e internacionales como EFE, El Comercio, La Hora, entre otros. Actualmente es Analista Técnico de Difusión de Derecho Constitucional del CEDEC en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo: crisalexpa@gmail.com

### **Gandhi Vela Vargas**

(Quito, 1985) Doctorando y Legum Master (LL.M.) por la Freie Universität Berlin, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue docente de la Freie Universität Berlin y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Autor y editor de varios textos académicos. Actualmente es Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

### **Ariana Tapia Sánchez**

(Quito, 2000) Estudiante de Derecho con subespecialización en Derecho Penal en la Universidad San Francisco de Quito. Es becaria en la misma universidad y tiene reconocimiento en el cuadro de honor en la lista del canciller.

### **Doménica Lara Andrade**

(Quito, 2000) Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad San Francisco de Quito. Becaria de excelencia académica en esta institución superior, tiene reconocimiento en el cuadro de honor en la lista del canciller.

### **Pamela Escudero Soliz**

(Guaranda, 1983) Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador (2008); y Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar (2012). Actualmente, cursa la fase de investigación del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede-Ecuador (ciclo 2017-2022). Ha ejercido su profesión como abogada en libre ejercicio, servidora pública, investigadora y docente. Es autora de obras escritas como libro y artículos jurídicos de contenido constitucional, tributario, técnica legislativa y otros. Correo electrónico: pamelaescuderosoliz@gmail.com

### **Washington Calderón Sánchez**

(Quito, 1991) Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. Especialista y Magister en Derecho Penal por la Universidad

Andina Simón Bolívar. Actual servidor público como analista en la Corte Constitucional del Ecuador en el área de Secretaría General. Tiene intereses académicos en la criminología, políticas criminales y el derecho penal.

### **David Castillo Aguirre**

(Quito, 1990) Magíster en Derechos Humanos, mención Exigibilidad Estratégica y Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado por la Universidad Hemisferios. En la actualidad, es docente investigador de la Universidad Hemisferios y consultor en materia de derechos humanos para ONG nacionales y extranjeras. Es profesor de las cátedras: Derechos Humanos, Investigación Aplicada a las Ciencias Jurídicas, Pensamiento Lógico y Lenguaje. Sus principales líneas de investigación son derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y la relación entre derecho y literatura. Entre sus publicaciones se encuentran el artículo *El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales*, publicado en la edición Nro. 35 Revista FORO y el capítulo *¿Quién soy?* publicado en el libro *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la Globalización* editorial Dykinson.

### **Damián Granda Vélez**

(Quito, 1998) Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Hemisferios. Pasante durante julio a octubre del año 2020 en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde se incorporó al equipo de investigación de jurisprudencia en marcas notorias y renombradas, derecho aduanero y propiedad industrial del Doctor Hugo Gomes, magistrado del Perú. Pasante durante enero a marzo en el estudio jurídico Investment & Corporate Law. Ayudante de cátedra en la clase magistral de Derechos Humanos impartida por la Doctora Mercedes Montiel. Actualmente se encuentra cursando el sexto semestre de la carrera. Su principal objetivo es acceder a una maestría en Literatura.

### **María Helena Barrera-Agarwal**

(Pelileo, 1971) Abogada en libre ejercicio de la profesión, miembro del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Barra de Abogados de Nueva York. Obtuvo sus títulos académicos en la Universidad Central del Ecuador, la Universidad de Montpellier (Francia), la Universidad de Grenoble (Francia), y Franklin Pierce Law Center (EEUU). Ha publicado ocho libros de ensayo y dos volúmenes de traducción. Es miembro de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, de la Academia Nacional de Historia (Ecuador), de Pen America (USA), y del India International Centre (India). En 2010, recibió el Premio Nacional Aurelio Espinosa Pólit, el reconocimiento literario de mayor importancia en el Ecuador.

### **Micaela Paredes Barraza**

(Santiago de Chile, 1993) Máster en Escritura Creativa por la Universidad de Nueva York y Licenciada en Letras Hispánicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha publicado los libros *Nocturnal* (2017), *Ceremonias de Interior* (2019) y la antología *Adiós a Ítaca* (2020).

### **Efrén Guerrero**

(Quito, 1982) Doctor en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid, licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), máster en Protección de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá y máster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Instituto Ortega y Gasset. Sus líneas principales de investigación son la calidad de la democracia, la conflictividad social y las interacciones entre la política pública y los derechos humanos. Profesor y ex-decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. A veces toma fotos.



**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.: 593-(02) 3941800

Escríbenos a: [info.cedec@cce.gob.ec](mailto:info.cedec@cce.gob.ec)