

The background of the cover is a blurred photograph of a crowd of people. In the center, there is a large, semi-transparent blue graphic that resembles a stylized 'Y' or a three-lobed shape. The text is overlaid on this background.

# IUS

# Constitutionale

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

AÑO 2022 NÚMERO 3

e-ISSN: 2773 - 7594

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR  
CENTRO DE ESTUDIOS Y DIFUSIÓN  
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL



# IUS

# Constitutionale

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

AÑO 2022 NÚMERO 3

e-ISSN: 2773 - 7594

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR  
CENTRO DE ESTUDIOS Y DIFUSIÓN  
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL



Licencia Creative Commons

Reconocimiento - NoComercial - CompartirIguual - 4.0 Internacional Attribution - NonCommercial - ShareAlike - 4.0 International  
(CC BY-NC-SA 4.0)

Ecuador. Corte Constitucional.

IUS CONSTITUTIONALE, Revista de Derecho Constitucional [recurso electrónico]: Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). – No. 3 (2022)-. – Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2022.

211 p.

Publicación semestral

e-ISSN: 2773-7594

Enlace a la revista: [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2022.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2022.pdf)

Derecho constitucional – Ecuador – Publicaciones periódicas. 2. Jurisprudencia constitucional –Ecuador. 3. Garantías constitucionales – Ecuador. 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

IUS CONTITUTIONALE.

Revista de Derecho Constitucional. No. 3

e-ISSN: 2773-7594

Publicación semestral del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

Correo electrónico: publicaciones@cce.gob.ec

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

Teléfono (+593) 2 394 18 00

José Tamayo E10-25 y Lizardo García. Quito-Ecuador. 2022

COMITÉ EDITORIAL

Director: Gandhi Vela Vargas

Editor: Miguel Molina Díaz

COMITÉ ASESOR:

Coordinador: Byron Villagómez Moncayo

Rubén Calle Idrovo / Diana Briones

EQUIPO TÉCNICO:

Corrector de estilo: Valeria Garrido Salas

Diseñador: Dirección Nacional de Comunicación

Diagramador: Ricardo Enrique Ortiz

Asistentes: Pamela Erazo / Soledad Rocha Díaz

JUECES - JUEZAS / AUTORIDADES CCE 2019-2022:

Presidente: Hernán Salgado Pesantes

Vicepresidente: Daniela Salazar Marín

Jueces: Ramiro Avila Santamaría

Karla Andrade Quevedo

Carmen Corral Ponce

Agustín Grijalva Jiménez

Enrique Herrería Bonnet

Alí Lozada Prado

Teresa Nuques Martínez

JUECES - JUEZAS / AUTORIDADES CCE 2022-2025:

Presidente: Alí Lozada Prado

Vicepresidente: Carmen Corral Ponce

Jueces: Karla Andrade Quevedo

Alejandra Cárdenas Reyes

Carmen Corral Ponce

Joel Escudero Solís

Enrique Herrería Bonnet

Teresa Nuques Martínez

Richard Ortiz Ortiz

# CONTENIDO

---

Presentación .....	5
--------------------	---

## REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES

### ENSAYOS JURÍDICOS

Independencia e imparcialidad judicial. Por Agustín Pérez Cruz Martín .....	8
--	---

Desarrollo de los límites de la prisión preventiva en la jurisprudencia constitucional. Análisis de la sentencia 8-20-CN/21. Por María Paz Jervis Pastor y Daniela Estefanía Erazo Galarza .....	35
---	----

Estado actual de la estabilidad laboral reforzada en Ecuador. Por Camilo Pinos Jaén y Marcelo Guerra Coronel .....	53
---	----

### INVESTIGACIÓN

1. Hábeas corpus y protección de derechos de personas privadas de libertad en un contexto de vulneración estructural en el sistema nacional de rehabilitación social .....	67
2. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas a partir de la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados .....	87
3. El número de cédula como componente esencial de los derechos a la identidad y la personalidad jurídica .....	104
4. Necesidad de una interpretación intercultural en la prisión preventiva de personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas .....	115
5. Devolución impropia y encubierta en el contexto de vulneración al derecho a la salud de personas y niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio .....	133

## ENTREVISTAS

“La Corte es parte de un proceso pedagógico para el conjunto social” - Enrique Herrería Bonnet .....	150
“La justicia no es un valor abstracto” - Teresa Nuques Martínez .....	157
“La empatía es la cosa más difícil, pero al mismo tiempo es lo que más necesita este país” - Ramiro Avila Santamaría .....	163

## VARIETÉ

### RESEÑA

Ecuador manual de uso: Reflexiones sobre el artículo 1 de la Constitución. Libro de Efrén Guerrero Salgado. Por María José Mogrovejo .....	172
Las jerarquías social imaginadas y sus consecuencias en nuestra sociedad. Libro de Yuval Noah Harari. Por María Susana Bastidas .....	176

### ENSAYO

Deconstruir el poder punitivo desde Borges. Por Alba Silva .....	180
---	-----

### MUESTRA DE POESÍA

Amanda Pazmiño Torres, o el lenguaje del mar. Por Miguel Molina Díaz .....	188
---	-----

### MUESTRA FOTOGRÁFICA

“Miradas sin fronteras”: Una reflexión fotográfica acerca de la migración. Por Ricardo Enrique Ortiz .....	196
---	-----

<b>COLABORADORES</b> .....	<b>206</b>
----------------------------	------------

# PRESENTACIÓN

La concepción y el desarrollo de una revista, en cualquier área del conocimiento, implica una aventura que está a medio camino entre el lenguaje y las formas que toma el pensamiento en cada época. Parecería que las revistas son producciones cuya vida se disuelve conforme pasan los días y que definitivamente mueren con la aparición de un nuevo número o volumen. En el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), el brazo académico de la Corte Constitucional del Ecuador, pensamos que toda revista se convierte, con el tiempo, en un documento histórico, en parte de la memoria de una sociedad y en los cimientos de los estudios que vendrán en el futuro. Con el tercer número de *Ius Constitutionale, Revista de Derecho Constitucional*, se consolida el primer ciclo de un proyecto que sólo ha buscado la más amplia difusión de la jurisprudencia de esta alta Corte de justicia constitucional.

Siguiendo la línea definida en los números anteriores, esta publicación ha buscado dar cumplimiento al mandato que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha entregado al CEDEC: alumbrar e impulsar la investigación jurídica en torno a la teoría del derecho, derecho constitucional ecuatoriano, derecho constitucional comparado, derechos humanos e historia del derecho, sin descuidar sus intersecciones con la filosofía y otros espacios de reflexión que convocan al conjunto de la sociedad ecuatoriana.

En esta ocasión, desde el CEDEC presentamos el contenido de este tercer número, que empieza con un artículo del académico español Agustín Jesús Pérez Cruz Martín titulado *Independencia e imparcialidad judicial*, que forma parte de la sección de *Reflexiones jurisprudenciales*, particularmente de *Ensayos jurídicos* recibidos mediante convocatoria abierta y seleccionados luego de un riguroso proceso de control de pares. Esta sección también cuenta con el artículo *Desarrollo de los límites a la prisión preventiva en la jurisprudencia constitucional. Análisis de la sentencia 8-20CN/21*, de María Paz Jervis Pastor y Daniela Estefanía Erazo Galarza. Y el artículo de Camilo Pinos Jaén y Marcelo Guerra Coronel, *Estado actual de la estabilidad laboral reforzada en el Ecuador*. Estos artículos, que contienen profundos análisis en torno a sus temáticas, están acompañados por cinco ensayos desarrollados por el equipo de Investigación del CEDEC, a partir de la más relevante jurisprudencia constitucional dictada en los últimos meses.

La sección *Entrevistas* culmina con la presentación de las nueve juezas y jueces de la conformación de la Corte Constitucional que empezó funciones en 2019 y terminó en febrero de 2022, por medio de tres diálogos profundos, que ofrecen luces sobre la vida y trayectoria de Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Ramiro Avila Santamaría.

El signo interdisciplinario de esta revista tiene su cima en la sección *Varieté*, que empieza con una reseña de María José Mogrovejo sobre el libro *Ecuador manual de uso: Reflexiones sobre el artículo 1 de la Constitución*, del académico Efrén Guerrero Salgado. La abogada María Susana Bastidas contribuye con una reseña titulada: *Las jerarquías sociales imaginadas y sus consecuencias en nuestra sociedad. Libro de Yuval Noah Harari*. Presentamos el ensayo *Deconstruir el poder punitivo desde Borges*, de autoría de la abogada Alba Silva. Finalmente, incorporamos una muestra poética de la obra de la escritora ecuatoriana Amanda Pazmiño Torres y una fotográfica sobre movilidad humana, del bibliotecólogo y fotógrafo Ricardo Enrique Ortiz.

La conformación de la Corte Constitucional, que presidió el Prof. Hernán Salgado Pesantes, ha demostrado al país la integridad incuestionable de sus miembros y un claro compromiso con la justicia constitucional y los derechos humanos de todos los habitantes del Ecuador; hoy, una conformación renovada, bajo el liderazgo del Dr. Alí Lozada Prado, se propone continuar en ese trayecto. Ha sido voluntad de las nueve juezas y jueces constitucionales de ambas conformaciones apoyar los proyectos de difusión del CEDEC, para lograr mayor cercanía entre la jurisprudencia que se dicta y la sociedad. Esta revista busca afianzar ese diálogo permanente, desde el rigor académico y la investigación.

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional  
Corte Constitucional del Ecuador**

# 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 los trabajos con 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

## Independencia e imparcialidad judicial<sup>1</sup>

Agustín-J. Pérez-Cruz Martín <sup>2</sup>

Cómo citar: Pérez Cruz Martín, Agustín. (2022). Independencia e imparcialidad judicial. IUS Constitutionale, 3, 8-34.  
[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

*“Cuatro características corresponden al Juez: escuchar cortésmente, responder sabidamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente” - (Sócrates)*

### Resumen

Independencia e imparcialidad aparecen como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere a al momento procesal, a la Jurisdicción como Función. El estudio de la configuración jurisprudencial, por los Tribunales internacionales y las Cortes Constitucionales, resulta imprescindible para delimitar la dimensión internacional y constitucional de las características consustanciales a la Jurisdicción. Finalmente, la regulación de las características a las que venimos aludiendo, en la Constitución y Código Orgánico de la Función Judicial, permitirá apreciar sus contornos normativos.

### Palabras clave:

Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial, Función Judicial, independencia, imparcialidad.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Proceso y prueba Prohibida” (PID2020-114707GB-I00).

<sup>2</sup> Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Oviedo; Catedrático de Universidad de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo; Magistrado de la Corte de Apelación de Asturias; Presidente de la Asociación Iberoamericana de Profesores y Profesoras de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

## Introducción

Independencia e imparcialidad se conforman como garantías imprescindibles de la Función Judicial en un Estado constitucional de derechos y justicia (artículo 1 Constitución Política de la República). Su enfoque correcto debe orientarse a la consideración de la independencia desde la perspectiva constitucional, mientras que la imparcialidad viene referida a la dimensión procesal de un Tribunal independiente.

El tratamiento de ambas garantías (independencia e imparcial) debe realizarse imprescindiblemente con las necesarias referencias a la dogmática que contribuyeron decisivamente a su definición teórica, sin embargo, se fueron perfilando por la doctrina de los Tribunales internacionales y Cortes Constitucionales, lo que confirma, desde una visión monista del Derecho<sup>3</sup>, que en cada controversia prima lo que el juez determina en su sentencia, incluso por encima de la norma, haciéndole decir lo que cree justo en el caso concreto, que así se convierte en el derecho por antonomasia para el litigante (*ita ius esto*).

En el presente trabajo se realiza, en primer lugar, una exposición de la dogmática relacionada con la independencia e imparcialidad y, posteriormente, se aborda el modo en que el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional español y Corte Constitucional ecuatoriana.

Por último, se expondrá al régimen constitucional y orgánica de la Función Judicial. Sin duda, la Constitución ha supuesto un cambio radical en la regulación de la Función, acentuándose el aspecto procesal frente al aspecto constitucional de la Jurisdicción. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial opta por un proceso de administrativización de la Función Judicial en detrimento del atributo de “poder” que, desde la revolución francesa, se había atribuido al ejercicio exclusivo y excluyente de la Jurisdicción por Jueces y Juezas.

## Independencia

Independencia e imparcialidad, entiende M<sup>a</sup> del Carmen Calvo Sánchez, aparecen

Como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere a al momento procesal, a la Jurisdicción como Función<sup>4</sup>.

Esta misma tesis es mantenida por M<sup>a</sup> Luisa Escalada López, afirmando que:

(...) La imparcialidad remite, en primer lugar, a un momento funcional, en cuanto que proce-

<sup>3</sup> Francisco Ramos Méndez, *Derecho y Proceso* (Barcelona: Librería Bosch, 1979), 78-88; *idem*. *Ita Ius Esto*. Chequeo a la tutela efectiva prometida (Barcelona: Atelier, 2021), 34.

<sup>4</sup> Cfr. Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional. (Barcelona: Atelier, 2009), 24; también puede consultarse, de la misma autora, la defensa de mencionada idea en: La recusación de los Jueces y Magistrados. en Revista Universitaria de Derecho Procesal, 1, 1988, 75 y De la abstención y de la recusación. en Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.) y AA.VV. Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000. Tomo I. Vol. 1º (Barcelona: Global Economist & Jurist, 2000), 503.

sal funcionalización de la constitucional legal competencia, pero también, y en segundo lugar, es reconducible a un concepto subjetivo, referido al juez-persona, dado que la (imparcialidad) alude a una serie de circunstancias subjetivas, legalmente objetivada, potencialmente posibles desde un punto de vista legal, y realmente presentes desde un punto de vista procesal<sup>5</sup>.

A esta estrecha implicación entre independencia e imparcialidad se refiere Perfecto Andrés Ibáñez al señalar que:

La independencia como cuestión mira preferentemente a la dimensión política de la administración de justicia-instancia-de-poder en su consideración más general; mientras la imparcialidad aparece como un atributo necesario del titular de la jurisdicción en la vertiente del caso, definitivo esencialmente por su ajenidad a los intereses de las partes. Tiene, pues, menos densidad política<sup>6</sup>.

La independencia como elemento cualificador de la Jurisdicción es destacada por Stahl<sup>7</sup>; mientras que Carl Schmidt se refiere a las dos dimensiones que ofrece la independencia de la Jurisdicción, a saber: la jurisdicción, negativamente frente al ejecutivo y positivamente frente al justiciable, considerada de tal forma puede llegar a configurarse como “control judicial del ejecutivo” en el sentido de:

Control judicial de los medios de poder propios del gobierno monárquico y concretamente de la burocracia administrativa, llegando, incluso a exigirse la sumisión de la administración a todos los tribunales<sup>8</sup>.

La independencia de los jueces respecto de cualquier poder, sea interno o externo a la organización, ha sido subrayada por la doctrina en el sentido que:

La sujeción solo a la ley excluye cualquier diágrama entre la ley y el juez encargado de aplicarla. De aquí la separación del poder judicial de los demás poderes públicos, en particular el político y de gobierno, y por ello su independencia externa que, en democracia, se manifiesta en el carácter contramayoritario de la jurisdicción. Pero de aquí también la independencia interna de los jueces de condicionamientos burocráticos de carrera. El juez, según una clásica fórmula, al mismo tiempo institucional y deontológica (...), debe ser sine spe et sine metu: no debe esperar ni promociones en la carrera u otros beneficios, ni temer sanciones u otros perjuicios como consecuencia del ejercicio de sus funciones<sup>9</sup>.

En opinión de Almagro Nosete “la independencia judicial es instrumental respecto de la imparcialidad que es, en realidad, el fin perseguido por las garantías en que aquella se manifiesta”<sup>10</sup>.

5 María Luisa Escalada López. *Sobre el Juez ordinario predeterminado por la Ley*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 399-400.

6 Perfecto Andrés Ibáñez. *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del estado constitucional*. (Madrid: Trotta, 2015) 214.

7 Stahl. *Staat un Rechtslehre*. (Berlin, 1847), 137.

8 Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. –trad. de Francisco Ayala-. (Madrid: Ed. Alianza, 2ª reimpresión, 1996), 145.

9 Luigi Ferrajoli. Prólogo. Obra de Perfecto Andrés Ibáñez. *Tercero en Discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. (Madrid: Trotta, 2016), 14-15; esta misma idea es expuesta por el citado autor en: *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Volume Secondo. Teoría della democrazia*. (Roma-Bari: Laterza, 2009), 203. En el mismo sentido puede consultarse a: Agustín-J. Pérez-Cruz Martín. *Constitución y Poder Judicial*. (Barcelona: Atelier, 2013), 44-45; Michele Taruffo. *Consideraciones generales sobre la independencia de los Jueces*. en Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza (Dtores.) y AA.VV. *La independencia judicial: un constante asedio* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 19-21.

10 Almagro Nosete, *Derecho Procesal*. Tomo I, Parte General. Vol. I. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 10.

La ligazón entre la noción de independencia judicial y la concepción democrática del Estado de derecho fue puesta de manifiesto, elocuentemente, por Karl Loewenstein al señalar que:

La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que le hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático de derecho<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, en palabras de Dieter Simón, “entre todas las instituciones de nuestra vida jurídica, la idea del Estado de derecho celebra su máximo triunfo en la independencia de la decisión del juez”<sup>12</sup>.

Por ello, las sociedades, desde sus primeros pasos, que han transitado el camino hacia la democratización, sin excepción, han recogido como parte fundamental de su diseño institucional, la de un funcionario público encargado de administrar justicia a nombre del Estado, aplicando las normas generales y abstractas a los casos concretos y realizando dicha labor con independencia de criterio. Por el contrario, cabe recordar que:

Todo intento autoritario y totalitario, se ha apresurado a falsear por su base la independencia judicial, bajo la percepción de que tal principio no se aviene con un modelo vertical o dictatorial de imposición de la voluntad de una persona o un grupo de ellas<sup>13</sup>.

El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. El artículo 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece que toda persona tiene derecho a ser oída, en cualquier proceso, por un “tribunal competente, independiente e imparcial”.

El cumplimiento de estos tres requisitos permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas. En este mismo sentido se posiciona Oscar Alzaga Villamil, afirmando que: “La independencia judicial constituye en todo Estado de Derecho requisito sine quo non para que los jueces y magistrados puedan asumir el deber de otorga justicia.”<sup>14</sup>. Tales características, además, deben estar presentes en todos los órganos del Estado que ejercen función jurisdiccional, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos del Hombre (en adelante, Corte IDH).

En el ámbito internacional se han ido adoptando una serie de Resoluciones, que buscan poner en valor la independencia e imparcialidad judicial y reforzar su protección internacional. Veamos algunas de las Resoluciones adoptadas por Organizaciones Internacionales.

11 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Trad. de A. Gallego Anabitarte. (Barcelona: Ariel Derecho, 2ª Ed. Barcelona 1976 (reimpresión, 1986), 284.

12 Dieter Simón. *La independencia del Juez*. (Chile: Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2020), 11.

13 Pérez-Cruz Martín y Suárez Robledano, *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura -Europa, EE.UU. e Iberoamérica-*. (Barcelona: Atelier, 2015), 67.

14 Oscar Alzaga Villamil. *Comentarios a la Constitución española*. (Madrid: Marcial Pons, 2ª Ed., 2017), 713. En el mismo sentido pueden consultarse los trabajos de: Piero Calamandrei. *Independencia y sentido a la responsabilidad del Juez. en Proceso y Democracia* -trad. de Héctor Fix Zamudio-. (Buenos Aires: Eds. Jurídicas Europa-América, 1960), 85-88 y *L'indipendenza della magistratura. en Opere Giuridiche. Tomo II -Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto-*. (Roma: Ed. TrEPress, 2019), 465.

La Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), considerando que la Declaración Universal de Derechos del Hombre (en adelante, DUDH) consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, aprobó, en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, que fueron confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

En relación con la independencia de la judicatura se adoptaron los principios siguientes:

- La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
  - Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
  - La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
  - No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
  - Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
  - El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
  - Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.
- La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada, en Viena, del 14 al 25 de junio de 1993, constituyó también

un hito en la historia de las Naciones Unidas, con la aprobación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que fue de gran ayuda para promover los esfuerzos encaminados a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en materia de independencia judicial.

En el párrafo 27 de la Declaración se precisa que cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento, así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible.

En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera. Incumbe a las Naciones Unidas establecer con carácter prioritario programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente.

<sup>15</sup> Fernando Lousada Arochena y Ricardo Ron Lata. *La independencia* (Madrid: Ed. Dikynson, 2015), 61-62; en el mismo sentido Pérez-Cruz Martín y Suárez Robledano. *Independencia*, 63.

<sup>16</sup> Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicas y políticas, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura (artículo 2).

En el ámbito de Naciones Unidas cobra especial interés la constitución y funcionamiento de un Relator Especial sobre la independencia de Jueces y Abogados para quien:

El principio de la división de poderes (es) la base de los requisitos de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial (de modo que) el entendimiento y respeto del principio de división de poderes es indispensable para un Estado democrático (...) los requisitos de independencia e imparcialidad de la Justicia son universales y se basan tanto en el derecho natural como en el positivo, constituyendo principios generales de derecho reconocido por las Naciones civilizadas<sup>15</sup>.

En el contexto Iberoamericano, el Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado por los presidentes de los más altos tribunales de los países de la región, en la VI Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001, se reconoce en el artículo uno, como Principio general de independencia, que:

Como garantía para los justiciables, los Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa.

En otros artículos del Estatuto del Juez Iberoamericano se reafirman las declaraciones sobre: 1) Obligación de respeto a la independencia judicial<sup>16</sup>, 2) Independencia

dencia judicial y medios de comunicación<sup>17</sup>, 3) Independencia interna<sup>18</sup>, 4) Defensa de la independencia judicial<sup>19</sup> y 5) Condiciones materiales de la independencia.<sup>20</sup>

El 27 de julio de 2006, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 2006/23, titulada “Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial”. En el párrafo 22, se afirma que la independencia judicial no es un privilegio ni una prerrogativa del juez considerado individualmente. Es la responsabilidad impuesta a cada juez para permitirle fallar una controversia en forma honesta e imparcial sobre la base del derecho y de la prueba, sin presiones ni influencias externas y sin temor a la interferencia de nadie.

Especial interés cobran, en relación con la independencia judicial<sup>21 22</sup>, los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial que se incluyeron como anexo del informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados al 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El 29 de abril de 2003, la

Comisión aprobó, por unanimidad, la Resolución 2003/43 que tomó nota de los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial y señaló esos principios “a la atención de los Estados Miembros, los órganos de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, para su consideración.”

El núcleo central del principio de la independencia judicial es la total libertad del juez para conocer de las causas sometidas al tribunal y fallarlas; nadie de fuera gobierno, grupo de presión, persona o incluso otro juez debe interferir o tratar de interferir en la forma en que el juez sustancia una causa y adopta una decisión.

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial constituyen un instrumento de gran valor potencial no solo para los jueces de todas las naciones, sino también para el público en general y para todas las personas interesadas en el establecimiento de sólidos cimientos para una judicatura mundial de integridad inobjetable y han recibido creciente aceptación de parte de los diferentes sectores de la judicatura mundial y de los organismos inter-

17 La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial (artículo 3).

18 En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos (artículo 4).

19 Los atentados a la independencia judicial han de ser sancionados por ley, que deberá prever los mecanismos por medio de los cuales los jueces inquietados o perturbados en su independencia puedan obtener el respaldo de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial (artículo 5).

20 El Estado garantizará la independencia económica del Poder Judicial, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades y a través del desembolso oportuno de las partidas presupuestarias (artículo 6).

21 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial (Viena: ONU, 2019), acceso el 17 de septiembre de 2021, [https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891\\_S\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf)

22 El Borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial, de 2001, aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la integridad judicial, tal y como fue revisado en la Reunión en Mesa Redondea de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya (Países Bajos, los días 25 y 26 de noviembre de 2002).

naciones interesados en la integridad del proceso judicial.

Como resultado de ello, los Principios de Bangalore son vistos cada vez más como un documento que todas las judicaturas y sistemas jurídicos pueden aceptar sin reservas. Las organizaciones internacionales también los han recibido favorablemente y les han dado su respaldo.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su Resolución 2006/23 de 27 de julio de 2006, invitó a los Estados Miembros, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos internos a que, al examinar o elaborar normas con respecto a la conducta profesional y ética de los miembros de la judicatura, tomasen en consideración los Principios de Bangalore.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha apoyado activamente los Principios de Bangalore, que también han recibido el reconocimiento de órganos como la American Bar Association y la Comisión Internacional de Juristas.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, de aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 29 de marzo de 1996<sup>23</sup>, en su artículo III, Medidas preventivas, establece también que, a los fines expuestos en dicho artículo, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus pro-

pios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA).

## Imparcialidad

La independencia jurisdiccional respecto a las partes se presenta como equivalente a la imparcialidad<sup>24</sup>, otra cualidad de la jurisdicción que opera en un momento distinto que la independencia: si la independencia alude al momento constitucional, la imparcialidad se refiere al momento procesal, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional. Supone la garantía dirigida al justiciable tendente a lograr la objetividad de la resolución jurisdiccional para el caso concreto.

<sup>23</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Convención Interamericana contra la corrupción*. (San José, 2005), acceso el 8 de septiembre de 2021, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25015.pdf>

<sup>24</sup> Cfr.: Calvo Sánchez. Control, 41.

La imparcialidad, reseña Saavedra Gallo, está implícita en la independencia al condicionar a la propia existencia de la función ejercida por los Jueces<sup>25</sup>. La imparcialidad ha sido considerada, por el Tribunal Constitucional de España (en adelante, TC), como una garantía esencial<sup>26</sup>, fundamental<sup>27</sup> y básica<sup>28</sup>.

La misión del juez/jueza, afirma Piero Calamandrei, es tan alta y la confianza en ella es tan necesaria que las debilidades humanas, que no se advierten ni se perdonan en ningún otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado, siendo necesario, que cada uno de ellos sea un ejemplo de virtud<sup>29</sup>.

La definición en última instancia del juez natural es la de ser juez o tribunal imparcial, entendido como aquel órgano o autoridad que declara el derecho aplicable y resuelve un caso sin ningún tipo de interés personal.

Una condición previa para ello es contar con tribunales integrados, ante todo, por juristas que sepan mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación imparcial

y las calidades personales de un jurista están directamente vinculadas con la correcta labor judicial.

Desde una perspectiva positivista, la garantía de la imparcialidad del juez ha estado basada en su neutralidad con las partes y su apego a la ley. Si bien, debe matizarse el sentido de neutralidad en los términos que sostiene Vázquez Sotelo de negar que la neutralidad deba convertir al juez/jueza.

En un simple espectador de lo que pasa ante él en un proceso, sin poder tomar iniciativas. Es el juez cruzado de brazos y con la boca cerrada La neutralidad es una exasperación de la imparcialidad Hoy, por el contrario, se defiende que el juez, sin bajar a la arena del combate procesal, pueda tener en la dirección del proceso y en la práctica de la prueba todas las facultades necesarias para dictar sentencias justas<sup>30</sup>.

La imparcialidad del juez o la jueza es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona la existencia misma de ese quehacer; de ahí que más de una vez se haya dicho, desde una perspectiva cuasifilosófica, que “sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”<sup>31</sup>, precisando el TC que:

25 Saavedra Gallo, “El derecho al Juez natural”, *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y Bujosa Vadell (Barcelona: Atelier, 2013), 746.

26 Cfr.: Tribunal Constitucional. Sentencias, núms. 137/1987, de 22 de julio; 150/1989, de 2 de setiembre; 154/2001, de 12 de junio; 38/2003, de 14 de febrero, entre otras.

27 Cfr.: Tribunal Constitucional, Sentencia, 5/2004, de 16 de enero, entre otras.

28 Cfr.: Tribunal Constitucional, Sentencias, núms. (SSTC 60/1995, de 16 de marzo; 162/1999, de 27 de setiembre; 52/2001, de 26 de febrero; 240/2005, de 10 de octubre; 45/2006, de 13 de febrero, entre otras.

29 Piero Calamandrei, *Elogio de los Jueces*. (Buenos Aires: Librería El Foro, 1997), 21.

30 Vázquez Sotelo, “Los principios del proceso civil”, en *Responso Juris Jurisperitorum Digesta*. (Salamanca, 2000),

117.

31 Tribunal Constitucional. Sentencia 60/1995, de 16 de marzo.

Debemos comenzar recordando que es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial<sup>32</sup>.

Sin embargo, no se requiere de jueces amanuenses de las normas sino de verdaderos ciudadanos con toga que, ciertamente, se encuentren obligados con los tratados, la Constitución y la ley, pero no sólo en un sentido formal sino también en un sentido material; es decir, en defensa de los derechos humanos.

La imparcialidad exige que el juez/jueza se abstenga de dirigir un proceso y tomar una decisión en el mismo cuando falte la ajenidad, como lo precisa Ferrajoli<sup>33</sup>. Sólo desde la imparcialidad es posible asegurar que la igualdad de las partes esté presente en el desarrollo del proceso. Imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa, toda vez que el referido director no debe tener interés en una u otra solución de la controversia que debe resolver.

El juez/jueza juzga, sostiene Ferrajoli, en nombre del pueblo y no de la mayoría, contando con la confianza de los sujetos concretos que juzga. Afirma Ferrajoli que el juez no debe tener interés personal, ni público o institucional<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, vid.: Tribunal Constitucional, Sentencias, núms. 136/1999, de 20 de julio; 151/2000, de 12 de junio; 52/2001, de 26 de febrero; 85/2003, de 11 de abril; 240/2005, de 10 de octubre; 143/2006, de 8 de mayo; 55/2007, de 12 de marzo, entre otras.

<sup>33</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros-. (Madrid: Trotta, 2ª Ed., 2005), 104.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 106.

<sup>35</sup> Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo (Bogotá: Temis, 1997), 31-32.

<sup>36</sup> Ha entendido la Corte IDH que: la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial" (Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013).

Sin embargo, debe precisarse, rememorando a Carnelutti, en referencia la parcialidad judicial, pese a su situación procesal como tercero supra partes, que:

La justicia humana no puede ser más que una justicia parcial; su humanidad no puede dejar de resolverse en su parcialidad. Todo lo que se puede hacer es tratar de disminuir esta parcialidad. El problema del derecho y el problema del juez son una misma cosa. ¿Cómo puede hacer el juez para ser mejor de lo que es? La única vía que le está abierta es la de sentir su miseria: es necesario sentirse pequeños para ser grandes. Es necesario formarse un alma de niño para poder entrar en el reino de los cielos. Es necesario, cada día más, recuperar el don del asombro<sup>35</sup>.

Tradicionalmente esta garantía se ha intentado proteger mediante normas procesales que regulan los institutos de la recusación<sup>36</sup> e inhibitoria. A su vez, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte convincente y que brinde confianza a la población en la institución judicial. En este sentido, y tal como lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), hasta las apariencias podrán tener importancia.

La enumeración establecida actualmente en el Código Orgánico General de los Procesos (en adelante, COGEP) es taxativa y de carácter cerrado, debiendo ser

interpretada de modo restrictivo, estricto y no extensivo y vinculada al contenido de la garantía de independencia<sup>37</sup>. Cualquiera que sea la quiebra de imparcialidad que se alegue en relación con un Juez o Jueza ha de ser reconducida a una de las mencionadas causas legales. Fuera del ámbito de tales causas legales, las aprensiones o los recelos que las partes puedan manifestar son jurídicamente irrelevantes.

Para que en garantía de la imparcialidad un Juez o Jueza pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez/jueza no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Por tanto, no basta con que las dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. En la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al juez o jueza predeterminado por la ley, la interpretación de su

ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial.

La facultad de emitir votos salvados es inherente a la función desempeñada por el juez o la jueza que, en los distintos procedimientos ante el mismo, al dictar las resoluciones procesales pueden manifestar su discrepancia con las argumentaciones de la resolución aplicable, sin perjuicio de que el voto, evidentemente, carezca de la fuerza vinculante que se atribuye a sentencias.

Es evidente que el planteamiento de causas de recusación con argumentos exclusivamente basados en las opiniones vertidas en los votos salvados de las resoluciones del Tribunal resulta, en principio, improcedente:

- Desde el punto de vista de servir a la garantía de imparcialidad, único fin de la institución de la recusación,
- Desde el normal funcionamiento de cualquier órgano jurisdiccional, que resultaría con ello gravemente perturbado.

El problema se reconduce a la existencia o no de una ‘amistad o enemistad ideológica’ a la que no cabe otorgar relevancia a efectos de recusación, pues en el sistema de valores instaurado por la Constitución, la ideología se halla sustraída

<sup>37</sup> Cfr.: Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. “Excusa y Recusación”, en *Código Orgánico General de los Procesos*. Tomo I, (Quito: Latitud Cero Editores, 2018) 360-361.

al control de los poderes públicos, prohibiéndose toda suerte de discriminación en base a la misma.

Nadie puede, pues, ser descalificado como juez en razón de sus ideas y, por tanto, no resultaría constitucionalmente posible remover a los jueces o juezas recusados, aun cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen. Quienes se dedican a la función de juzgar no son apolíticos ni cosa semejante: son ciudadanos y como tales votan en las elecciones, como cualquier otro. ¿Se puede “prohibir” la ideología en la carrera judicial?

El problema radica en que la pertenencia a los partidos políticos pueda afectar a la percepción por los ciudadanos de la imagen de la judicatura. El temor no es que los jueces dejen de ser imparciales, sino que los ciudadanos confíen plenamente en quienes administran la justicia. Los ciudadanos necesitan en estos difícilísimos momentos de la pandemia confiar en los jueces, pero, a cambio, se les exige que no muestren ningún sesgo de parcialidad. Cabe reiterar que: “Si bien es esencial que Jueces y Juezas actúen imparcialmente, tal imparcialidad en el aspecto funcional debe estar acompañada ineludiblemente de la independencia en el aspecto estático de la jurisdicción”<sup>38</sup>.

Finalmente, debe tenerse en consideración que, a nivel internacional los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DDH)<sup>39</sup> y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)<sup>40</sup> consagran la imparcialidad judicial. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n° 32 de 2007, “sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y a la justicia”, estableció que:

El derecho a la igualdad ante los tribunales y a la justicia y a un juicio imparcial, es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley.

### **Independencia e imparcialidad en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Constitucional**

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE), en relación a la independencia e imparcial, ha subrayado que:

Con respecto a la independencia del juez, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Función Judicial. Sobre la imparcialidad, podemos

<sup>38</sup> Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. Constitución, 52.

<sup>39</sup> Toda persona tiene derecho, en plenas condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial

<sup>40</sup> Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.

decir que la misma hace referencia al derecho a la igualdad de las partes en todo proceso. Aquello, implica un asunto de índole moral y ética, las cuales se ven reflejadas en la honestidad y la honorabilidad del juez al tramitar una causa, lo cual genera seguridad jurídica, no solo entre las partes procesales sino en la sociedad en general<sup>41</sup>.

En torno a la independencia e imparcialidad del tribunal, la Corte IDH ha subrayado que la existencia del debido proceso “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”.<sup>42</sup>

Es así, que:

El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o ad hoc<sup>43</sup>.

Respecto a la independencia, la Corte IDH ha afirmado “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”<sup>44</sup>. La Corte IDH, caso *Quintana Coello vs Ecuador*, sentencia de 31 de enero de 2001 señaló:

En el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención sólo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial.

La relevancia de la independencia judicial es puesta de manifiesto por la CCE al subrayar que:

Esta Corte Constitucional destaca la fundamental importancia que la Constitución del Ecuador y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos otorgan a la independencia judicial, cuya violación según el artículo 168 numeral 1 de nuestra Carta Fundamental conlleva diversos tipos de responsabilidad. La independencia judicial tiene especial relevancia considerando la historia judicial y política del Ecuador, en que tal independencia lamentablemente ha sido recurrentemente limitada o abiertamente violada, debilitando así al Estado Constitucional y, por tanto, a la protección de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, así como a la democracia<sup>45</sup>.

La vertiente interna y externa de la independencia judicial, anteriormente aludida en el Epígrafe 1 del presente trabajo, acogiendo la idea expresada por Carl Schmidt, ha sido puesta de manifiesto por la CCE al subrayar que:

41 Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 357-16-SEP-CC, Caso 0370-13-EP*, de 9 de noviembre de 2016.

42 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2004; caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, de 30 de mayo de 1999). En igual sentido, Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, de 6 de diciembre de 2001 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, de 31 de enero de 2001.

43 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela*, de 5 de agosto de 2008.

44 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, de 30 de junio de 2009; *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, de 31 de enero de 2001 y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, de 5 de agosto de 2008.

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

Artículo 168 hace expresa referencia a la independencia judicial institucional, es decir, aquella de los órganos de la Función Judicial. 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>46</sup>.

El reconocimiento de la independencia judicial como una garantía básica del debido proceso, como ya hemos tenido ocasión de subrayar, se pone de manifiesto por la CCE al sostener que:

La independencia judicial constituye, por tanto, una garantía básica del debido proceso judicial, pero no solo por el derecho específico a ser juzgado por un juez independiente, sino además porque de la independencia de la jueza o juez depende, a su vez, la debida protección de otros derechos y principios, algunos de los cuales integran el debido proceso<sup>47</sup>.

En efecto, sin un juez independiente no se pueden cumplir las garantías del debido proceso como por ejemplo la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de los justiciables por parte de las autoridades judiciales, el derecho a la defensa o la motivación, puesto que estas y otras requieren que el juez pueda interpretar la ley y argumentar jurídicamente de forma autónoma (independencia positiva). En un sentido más amplio, son todos y cada uno de los derechos constitucionales los que pueden ser afectados por violaciones a la independencia judicial, lo que deviene en

una afectación al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de los justiciables<sup>48</sup>.

La vertiente positiva y negativa que ofrece la independencia judicial es subrayada por el CCE al afirmar que:

Debido a esta gran importancia de la independencia judicial, el marco para el ejercicio adecuado de la misma está formulado en el propio sistema jurídico. Consecuentemente, el juez o jueza independiente se caracteriza por administrar justicia libre de injerencias (independencia negativa) y conforme a Derecho (principio de juridicidad), es decir “con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley” (independencia positiva), tal cual lo describe el artículo 172 de la Carta Fundamental. El mismo principio se recoge a nivel internacional cuando, combinando la independencia judicial negativa y positiva, se indica que los jueces deben actuar “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo<sup>49</sup>.”

El objetivo de la protección de la independencia judicial radica, a criterio de la CCE, en

Evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela*, de 5

El TEDH ha tenido la ocasión de diferenciar la doble dimensión que presenta la imparcialidad (subjetiva y objetiva), poniendo de manifiesto que:

La imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada en diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto<sup>51</sup>.

Mientras que la vertiente subjetiva exige para apreciarla llegar a la conclusión acertada de que el juez/jueza tiene esa relación o interés personal en el asunto, respecto de la objetiva se descarta de entrada cualquier interés de tal naturaleza y lo que se pretende con ella es preservar la imagen de la justicia a partir de hechos objetivos que puedan dar lugar a sospechas de imparcialidad, de forma que, como ha señalado el TEDH, defendiendo esa imparcialidad, lo que con ella “está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” que solo se consigue mediante la eliminación de cualquier sospecha objetiva de imparcialidad.

Por todo ello, mientras respecto de las causas subjetivas se exige la prueba clara del interés personal o, incluso, ideológi-

co, y no se presume nunca, respecto de las objetivas basta acreditar que existan sospechas fundadas, indicios o, incluso, apariencias concretas de que ha existido por parte del juzgador una relación previa con el proceso que le ha podido llevar a tener una idea preconcebida del caso o un perjuicio respecto del mismo que le puede llevar a resolver de una manera preconcebida<sup>52</sup>.

Las sentencias del TEDH, al referirse a los aspectos subjetivo y objetivo de la imparcialidad, en suma, requieren de juez/jueza que:

- Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal.
- Segundo, el Juez/jueza debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto.

Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.

de agosto de 2008; Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, de 30 de junio de 2009.

<sup>51</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. *Caso Piersack vs. Bélgica*, de 1 de octubre de 1982; *Caso De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984; *Caso Hauschildt vs. Dinamarca*, de 25 de mayo de 1989; *Caso Pfeifer y Plankl vs. Austria*, de 25 de febrero de 1992; *Caso Sainte-Marie vs Francia*, de 16 de diciembre de 1992; *Caso Fey vs. Austria*, de 24 de febrero de 1993; *Caso Padovani vs. Italia*, de 26 de febrero de 1993; *Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, de 22 de abril de 1994; *Caso Bulut vs. Austria*, de 22 de febrero de 1996; *Caso Gautrin y otros vs. Francia*, de 20 de mayo de 1998; *Caso Castillo Algar vs. España*, de 28 de octubre de 1998.

<sup>52</sup> Cfr.: TEDH. *Caso Perote Pellón vs. España*, de 25 de julio de 2001; *Caso Kyprianu vs Chipre.*, de 15 de diciembre de 2005 y de 17 de junio de 2003, asunto Pescador Valero c. España.

La CCE asume la diferenciación entre la imparcialidad subjetiva y objetiva, afirmando:

La tutela judicial efectiva implica la obligación del juez de garantizar la imparcialidad, así como el derecho de las personas a ser juzgadas por un juez o tribunal imparcial que en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad al resolver una causa. Esto permite, a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. Debe entenderse que la imparcialidad implica el deber de los operadores judiciales de carecer, de manera subjetiva, de prejuicios personales, así como, en forma objetiva, deben ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima sobre su decisión en una causa<sup>53</sup>.

Los últimos pronunciamientos de la Corte IDH enfatizan que la independencia judicial es uno de los pilares básicos de las garantías del proceso debido, por lo cual debe ser respetada en cualquier clase de procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decida sobre los derechos de la persona. Así, inclusive tratándose de peticiones de amnistía, indulto o conmutación de la pena de los condenados a muerte, la Corte IDH exige que se tramiten mediante procedimientos imparciales y adecuados en los que se respeten las garantías del debido proceso legal consagradas en el primer párrafo del artículo 8 CADH.

En un fallo de 30 de junio de 2009, la Corte IDH integró a su doctrina jurisprudencial,

la del TEDH, así como también los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura y concluyó que el derecho al juez o tribunal independiente comprende los siguientes mecanismos de protección: un adecuado proceso de nombramiento e inamovilidad en el cargo.

La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática<sup>54</sup>.

La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes. El TEDH, aunque ha reconocido las dificultades para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y después de afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (STEDH., caso Hauschildt vs. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989), ha señalado que:

En cuanto al tipo de prueba exigido, ha tratado de verificar, por ejemplo, el fundamento de las alegaciones según las cuales un Juez había dado muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o, movido por razones

<sup>53</sup> CCE. *Sentencia 051-15-SEP-CC, Caso 1726-13-EP*, de 25 de febrero de 2015.

<sup>54</sup> Cfr.: Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, de 5 de agosto de 2008 y *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, de 25 de marzo de 2017.

de orden personal, se las había arreglado para que se le asignara un asunto<sup>55</sup>

Por su parte, la denominada imparcialidad objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona<sup>56</sup>. En cambio,

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad<sup>57</sup>.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia del TEDH, la Corte IDH ha hecho suya la regla por virtud de la cual:

La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, (y) la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona” (SS. CIDH., caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”); caso Usón Ramírez vs. , caso Barreto Leiva vs ; de 1 de setiembre de 2010, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. “Ello puesto que el juez debe aparecer

como actuando sin estar sujeto a influencia, ali-ciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho<sup>58</sup>.

En este mismo sentido, la CCE sostiene que:

La imparcialidad implica que el juzgador es un tercero ajeno al caso a resolver y que no tiene interés subjetivo o preferencias por las partes y con el objeto del proceso. De ahí que el juzgador no puede realizar actividades propias de una parte ni tampoco tener influencia por sesgos, prejuicios o ideas preconcebidas<sup>59</sup>.

Especial interés y debate cobra, en relación con la imparcialidad subjetiva, el denominado “sesgo ideológico”. Respecto del “sesgo ideológico” compartimos la idea de Jordi Nieva Fenoll<sup>60</sup>, en el sentido que:

El juez no puede ser excluido simplemente por su ideología, sea la que fuere, porque ejecutar una decisión así equivaldría a coartar el libre pensamiento, lo que no es más que una forma de inaceptable dictadura<sup>61</sup>.

La Corte IDH resalta que en el análisis de la vertiente objetiva de la imparcialidad no se cuestiona las capacidades personales o las convicciones sobre el caso concreto de los juzgadores sus posibles relaciones con las partes, sino hechos

55 TEDH. *Caso De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984 y *Caso Fernández-Huidobro vs. España*, de 6 enero 2010.

56 Cfr.: Corte DH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, de 5 de agosto de 2008 y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, de 5 de octubre de 2015.

57 Cfr.: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros*. (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, de 5 de agosto de 2008; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, de 17 de noviembre de 2009; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, de 20 de noviembre de 2009; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, de 1 de setiembre de 2010.

58 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, de 5 de agosto de 2008. En el mismo sentido puede consultarse a: Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, de 30 de agosto de 2019.

59 CCE. *Sentencia 9-17-CN/19*, de 9 de julio de 2019.

60 Sin embargo, no podemos compartir la tesis de la posibilidad de admitir la recusación de un/a juez o jueza por sesgo ideológico, teniendo en cuenta la inexistencia de causal que amparase la citada recusación, no solo por la falta de una argumentación convincente en apoyo de dicha tesis, sino porque una interpretación extensiva de las causas de recusación generaría, con alta probabilidad, la utilización torticera, por las partes procesales, de la recusación.

61 Sesgo ideológico como causa de recusación. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, 296.

que razonablemente podrían justificar en un observador objetivo falta de confianza en quienes se encuentran a cargo de la importante misión de impartir justicia en un determinado caso.

En materia procesal penal, en juicios contradictorios y adversariales, como regla general, se considera que la imparcialidad se pierde cuando un juzgador ha conocido elementos de convicción antes de la etapa de juzgamiento. Así, por ejemplo, al haber conocido hechos en una audiencia de flagrancia, dictar medidas cautelares o evaluar los elementos probatorios para considerar si un caso merece ir a etapa de juzgamiento, ese juzgador podrá tener la sesgos, prejuicios o ideas preconcebidas<sup>62</sup>.

La división del proceso en etapas responde a la garantía de imparcialidad judicial prevista en el art. 76.7.K CRE. El modelo de enjuiciamiento respetuoso de la requiere que el juez decisor de la causa no esté sesgado por la etapa de instrucción. Esto evita que se formen convicciones sobre el fondo del asunto antes de que se produzcan pruebas para probar las hipótesis de las partes<sup>63</sup>.

Dichos parámetros son aplicables también a los miembros del jurado<sup>64</sup>.

La distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva ha sido cuestionada por Juan Montero Aroca por entender que tal concepción.

Descansa en un error de partida evidente. No existe ordenamiento alguno en el que se trate de averiguar la convicción personal de un juez en un caso concreto, y no existe porque esa supuesta averiguación pretende lo imposible aparte de que los ordenamientos no regulan un sistema de garantías de la imparcialidad en el que se atiende a las garantías suficientes. Los ordenamientos han llegado a la conclusión obvia de que la imparcialidad puede garantizarse solo mediante la previsión legal de una serie de situaciones constatables objetivamente, que se estima que pueden llevar a poner en riesgo la imparcialidad. Afirmada y acreditada la concurrencia de una de esas situaciones, se habrá de producir la exclusión del juez, su incompatibilidad, su abstención o su recusación<sup>65</sup>.

El TEDH ha sostenido que, cualquiera sea el sistema procesal de enjuiciamiento que se implemente, resulta fundamental para la existencia de una sociedad democrática que los tribunales inspiren confianza a los ciudadanos y, sobre todo en el proceso penal, al acusado. Para ello, ha afirmado que todo tribunal, incluido el jurado, debe ser imparcial desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo<sup>66</sup>.

La Corte IDH<sup>67</sup>, citando una jurisprudencia del TEDH (*Justice must not only be done: it must also be seen to be done*), ha afirmado que la imparcialidad es una característica de todo órgano decisor, y que no basta con serlo sino que también debe parecerlo, por lo que habrá de entenderse en este doble carácter. Así, desde el punto de vista subjetivo, comprenderá la ausen-

62 Cfr.: CCE., 9-17-CN/19, de 9 de julio de 2019.

63 CCE. Sentencia 9-17-CN/19, de 9 de julio de 2019.

64 Cfr.: TEDH, *Caso Gregory vs. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1997 y *Caso Sanders vs. Reino Unido*, de 9 de mayo de 2000. También, Comité de DD.HH., *Caso Mulai c. Guayna* (dictamen de 20 de julio de 2004) y *Caso Dole Chadee y otros c. Trinidad y Tobago* (Dictamen adoptado el 29 de julio de 1998.)

65 La incompatibilidad de funciones en el proceso. Crítica a la jurisprudencia del TEDH sobre la imparcialidad judicial y del texto del CEDE sobre la incompatibilidad de funciones en el mismo proceso. en *Proceso y Garantías. El proceso como garantía de libertad de responsabilidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006). 664.

66 TEDH, S., *Caso Hanif y Khan vs. Reino Unido*, de 20 de diciembre de 2011.

67 Cfr.: Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del de 2 de julio de 2004.

cia de prejuicios e intereses personales con relación a las partes de un litigio que pudieran afectar la objetividad y neutralidad del pronunciamiento. A su vez, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte convincente y que brinde confianza a la población en la institución judicial<sup>68</sup>.

### **Independencia e imparcialidad en la Constitución de 2008**

Consagra el artículo 75 Constitución de la República de Ecuador (en adelante, CRE)<sup>69</sup> el principio de imparcialidad (Principios de la Administración de Justicia) –que se reitera, innecesariamente, en el artículo 76.7 K) CRE- y, posteriormente, se proclama en artículo 9 Código Orgánica de la Función Judicial (en adelante, COFJ).

Reconoce el artículo 9 COFJ la imparcialidad como un principio vinculado al derecho humano al proceso debido. En este sentido señala Werner Goldschmid Lange que:

Extrañamente no se consigna como uno de los principios fundamentales del proceso el de la

imparcialidad. No obstante, pocas objeciones se levantarán –y desde que llamamos la atención sobre este particular se han levantado- en considerar la imparcialidad como el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo, en fin: del proceso como tal<sup>70</sup>.

Igualmente, subraya Adolfo Alvarado Velloso la vinculación de la imparcialidad como principio del proceso debido, al señalar que:

En otras palabras, debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. El autor establece como principios propios del proceso: la igualdad de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad de la serie, la eficacia de la serie y la moralidad del debate<sup>71</sup>.

La independencia interna y externa se consagra en el numeral 1 del artículo 160 CRE, disponiéndose que la violación del principio de independencia conllevará la responsabilidad administrativa, civil, penal de acuerdo con la Ley<sup>72</sup>. Como se indicaba anteriormente el numeral 7 del artículo 76 CRE, regulador del derecho de las personas a la defensa, incluye, en su apartado k), el reconocimiento de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente los tribunales de excepción

68 Cfr.: Javier Pérez Royo., “El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 14, n° 1, mayo de 2015, 170.

69 Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. La redacción no resulta afortunada pues su literalidad parece sugerir el derecho de toda persona a una tutela judicial imparcial, lo que evidentemente no resulta correcto, pues, como hemos venido exponiendo, la imparcialidad se configura como la vertiente procesal de la Jurisdicción, mientras que la tutela judicial se perfila como un derecho constitucional.

70 Werner Goldschmid Lange. “La imparcialidad como principio básico del proceso. La ‘parcialidad’ y la imparcialidad”, *Revista de Derecho Procesal*, II, 1950, 29.

71 Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al Derecho Procesal*. Lección 13. (Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2008), 160.

72 Sostienen Valeria Alejandra Ordóñez-Segarra et al que: “Este principio constitucional establece una de las formas más importantes del sistema democrático a través de los deberes y estructuras del Estado, ya que implica, por una parte, la determinación del funcionamiento de la justicia en términos de independencia, con lo cual se busca la transparencia, mientras que, por otra parte, plantea el respeto al sistema judicial. Es así que, se origina la obligación constitucional de proteger y garantizar tales derechos y las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos” (Análisis de la independencia judicial en la administración de justicia del Ecuador. *Iustitia Socialis*. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas, 1, 2020, 589).

o por comisiones especiales creadas para el efecto.

La CRE supone un notable cambio en lo relativo a la incorporación, en su Título IV, Capítulo (Función Judicial y justicia indígena), a la Función Judicial en sustitución del Poder Judicial, que contemplaba la CRE de 1998, lo que implica que se priva el aspecto funcional, en detrimento del aspecto constitucional que ofrece la Jurisdicción, al que anteriormente se ha hecho referencia. Dicho cambio, detrayendo el atributo de “poder” al ejercicio de la Jurisdicción no contribuye a la efectividad del Estado constitucional de derechos y justicia.

Con una notable falta de coherencia, el artículo 150 COFJ dispone que:

La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

La aludida falta de coherencia entre la CRE y el COFJ se infiere del hecho de que la potestad jurisdiccional se atribuye a quien ejercita un “poder”. En este sentido, afirma Manuel Ortells Ramos que:

Al concepto técnico-jurídico de potestad se ha llegado mediante una consideración analítica de las situaciones jurídicas subjetivas comprendidas en el concepto de poder en sentido amplio<sup>73</sup>

La correcta comprensión de lo expresado por Manuel Ortells Ramos requiere recordar, parafraseando a Santi Romano, que:

Poder en sentido estricto (...) y derecho subjetivo entrarían en el comune genus de los poderes en sentido amplio, atribuidos en el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él (...); pero el primer se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una correcta y particular relación jurídica<sup>74</sup>.

El propio Santi Romano lleva a cabo una interesante precisión al sostener que:

Es fundamental la distinción de los poderes según que se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir por un interés ajeno o por un interés objetivo (...) Incluso hay que destacar que esta relativamente difundida la opinión de que la figura del poder de la potestad sólo se da cuando el poder atañe a un interés al cual permanece extraño el sujeto<sup>75</sup>.

En atención a lo señalado resulta apropiado considerar a la potestad jurisdiccional como la aptitud jurídica que los órganos jurisdiccionales desarrollan al ejercer jurisdicción, porque, sostiene Fairén Guillén, el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

<sup>73</sup> Manuel Ortells Ramos. “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución”. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. 3, 1984-1985, 418.

<sup>74</sup> Santi Romano. Poderes, potestades. en Fragmentos de un diccionario jurídico. Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin (Granada: Comares, 2003), 299-300.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 309.

Se individualiza dentro de la familia de los mismos por su cualidad de 'potestad' de llevar ínsita una fuerza de mando –autoridad- basada en la superioridad de uno de sus elementos – el Juez/Jueza- sobre las partes por una 'autoridad' que se manifiesta, aún antes del 'juzgar' definitivo –en sentencia- en todo lo que supone 'el instruir, el preparar' el juicio, lo cual supone labor juzgador y que se reafirma en la ejecución<sup>76</sup>.

Pero la naturaleza jurídica de la jurisdicción como 'potestad' estatal, no colma la definición del concepto, pues, como recuerda Victor Fairén Guillén<sup>77</sup>, o solo se trata de una 'potestad' como se trataría de un 'poder' –sin definir su función –la expresión 'jurisdiccional'.

En atención a lo señalado, y como ya se expuso al inicio del trabajo, la Jurisdicción presenta una dimensión constitucional (potestad jurisdiccional) y procesal (función jurisdiccional), sin embargo, la CRE, sin una sólida formulación dogmática, opta por preterir la mencionada dimensión constitucional, refiriéndose exclusivamente a la dimensión procesal, pese a lo cual el COFJ atribuye a la Función judicial el ejercicio de una cualificada potestad, confundiendo, lamentablemente, las dos perspectivas aludidas. Resulta, en definitiva, un craso error definir la función judicial como una potestad, pues ésta viene ineludiblemente unida a la conformación de la Jurisdicción como un 'poder', lo que, como ha quedado puesto de manifiesto, no se plasma en la CRE.

<sup>76</sup> Fairén Guillén. *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y Ley procesal generales*. (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1990), 89.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 119.

La regulación constitucional, y prevista en el COFJ, referida a la Función Judicial se agrava por la opción en favor de acentuar la administratización de la Jurisdicción, en modo similar a las funciones que ejercitan otras Administraciones (Municipalidad, Ministerio, etc.); una evidencia de dicha opción se puede contemplar en el artículo 168 CRE, donde se regular los principios de la *Administración de Justicia*.

Esta concepción de la Función Judicial ignora manifiestamente que el recto ejercicio del Derecho implica una adecuada combinación de ciencia y técnica. De ciencia –en el sentido de ciencia social- porque presupone el conocimiento suficiente de las normas jurídicas que regulan un supuesto de hecho. Y de técnica porque la aplicación de esas normas a los hechos examinados debe respetar unos criterios adecuados de interpretación, argumentación y adopción de conclusiones. Sin ciencia existe arbitrariedad y, y sin técnica existe impericia. La falta de una o de otra, e incluso de ambas, lleva inexorablemente a la injusticia.

## Conclusiones

- Independencia e imparcialidad se conforman como garantías imprescindibles de la Función Judicial en un Estado constitucional de derechos y justicia.
- Independencia e imparcialidad aparecen como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere a al momento procesal, a la Jurisdicción como Función.
- La CPR supone un cambio radical al preterir la perspectiva constitucional de la Jurisdiccional, acentuando su perspectiva procesal. Dicho cambio, detrayendo el atributo de “poder” al ejercicio de la Jurisdicción no contribuye a la efectividad del Estado constitucional de derechos y justicia.
- La Jurisdicción como ‘potestad jurisdiccional’ estatal aparece vinculada al ejercicio de un “poder” por el Poder Judicial que debe ser completado por el desempeño de una función (jurisdiccional) por Jueces y Juezas.
- La regulación constitucional y prevista en el COFJ, referida a la Función Judicial, se agrava por la opción en favor de

acentuar la administratización de la Jurisdicción, en modo similar a las funciones que ejercitan otras Administraciones.

- Sexto.- La Corte IDH, citando una jurisprudencia del TEDH, ha afirmado que la imparcialidad es una característica de todo órgano decisor, y que no basta con serlo sino que también debe parecerlo, por lo que habrá de entenderse en este doble carácter.

Desde el punto de vista subjetivo, comprenderá la ausencia de prejuicios e intereses personales con relación a las partes de un litigio que pudieran afectar la objetividad y neutralidad del pronunciamiento; mientras que, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte convincente y que brinde confianza a la población en la institución judicial.

## Bibliografía

### Doctrina

- Almagro Nosete et al, José. *Derecho Procesal*. Tomo I, Parte General. Vol. I. Valencia: Editado por Tirant lo Blanch, 1995.
- Alvarado Belloso, Adolfo. *Introducción al Derecho Procesal*. Lección 13. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

- Alzaga Villamil, Oscar et al. *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: Marcial Pons. 2ª Ed., 2017.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 2015.
- Calamandrei, Piero. *Elogio a los Jueces*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997.
- “L’indipendenza della magistratura”. En *Opere Giuridiche*. Tomo II -Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto-. Roma. Editado por TrEPress, 2019.
  - *Proceso y Democracia*. Traducido por Héctor Fix Zamudio-. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1960.
- Calvo Sánchez Mª del Carmen. “De la abstención y de la recusación”. En *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Coord. Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol y AA.VV. Barcelona: Global Economist & Jurist, 2000.
- *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2009.
  - “La recusación de los Jueces y Magistrados”. *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, 1, (1988): 69-87.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1997.
- Fairén Guillén, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y Ley procesal generales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1990.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid: Trotta. 2ª Ed., 2005.
- *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Volume Secundo. Teoría della democrazia. Roma-Bari, 2009.
- Goldschmidt Lange, Werner. “La imparcialidad como principio básico del proceso. La ‘parcialidad’ y la parcialidad”. *Revista de Derecho Procesal*, II (1950).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Convención Interamericana contra la corrupción*. San José: 2005. Acceso el 8 de septiembre de 2021. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25015.pdf>
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducido por A. Gallego Anabitarte-. 2ª Ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1976 (reimpresión, 1986).

- Lousada Arochena, José Fernando y Ron Latas, Ricardo-Pedro. *La independencia judicial*. Madrid: Dikynson, 2015.
- Montero Aroca, Juan. “La incompatibilidad de funciones en el proceso. Crítica a la jurisprudencia del TEDH sobre la imparcialidad judicial y del texto del CEDE sobre la incompatibilidad de funciones en el mismo proceso”. En *Proceso y Garantías. El proceso como garantía de libertad de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Nieva Fenoll, Jordi. “El sesgo ideológico como causa de recusación”. *Revista Ius et Praxis*, 2 (2012): 295-308.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Viena: ONU, 2019. Acceso el 17 de septiembre de 2021, [https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891\\_S\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf)
- Ordoñez Segarra, Valeria Alejandra et al. “Análisis de la independencia judicial en la administración de justicia del Ecuador. Iustitia Socialis.” *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 1 (2020): 560-595.
- Ortells Ramos, Manuel. “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, 3 (1984-1985): 415-458.
- Pérez Royo, J., “El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 1 (2015): 155-184.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús. *Constitución y Poder Judicial*. Barcelona: Atelier, 2015.
- “Excusa y Recusación”. En *Código Orgánico General de los Procesos*. Coord. García Falconí, Ramiro y Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús y VV.A.. Tomo I. Quito: Ed. Latitud Cero Editores, 2018.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús y Suárez Robledano, José-Manuel. *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EE.UU. e Iberoamérica)*. Barcelona: Atelier, 2015.
- Ramos Méndez, Francisco. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1979.
- Ramos Méndez, Francisco. *Ita Ius Esto*. Chequeo a la tutela efectiva prometida. Barcelona: Atelier, 2021.
- Saavedra Gallo, Pablo. “El derecho al Juez natural”. En *Proceso, eficacia y*

garantías en la sociedad global. Liber Amicorum. Coords. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y Bujosa Vadell. Tomo II. Barcelona: Atelier, 2013.

Santi Romano. “Poderes, potestades”. En *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Traducido por Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Granada: Comares, 2003.

Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducido por Francisco Ayala-. Madrid: Alizanda. 2ª reimpresión, 1996.

Simón, Dieter. *La independencia del Juez*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2020.

Stahl, Friedrich Julius. *Staat un Rechtslehre*. Berlin, 1847.

Vázquez Sotelo, José-Luis. “Los principios del proceso civil”. En *Responsio Juris Jurisperitorum Digesta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

## Normativa

Asamblea General de ONU. Resolución 40/32 de 29 de noviembre de 1985.

– Resolución 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro oficial 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de los Procesos, Registro oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución 2006/23, de 27 de julio de 2006.

Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Registro oficial 801, 06 de agosto de 1984.

Convención Interamericana Contra la Corrupción. Registro oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

## Jurisprudencia

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Dictamen adoptado el 29 de julio de 1998, *caso Dole Chadee y otros c. Trinidad y Tobago*.

– Dictamen de 20 de julio de 2004, *caso Mulai c. Guayna*.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 051-15-SEP-CC*, Caso 1726-13-EP, de 25 de febrero de 2015.

– *Sentencia 357-16-SEP-CC*, Caso 0370-13-EP, de 9 de noviembre de 2016.

– *Sentencia 9-17-CN/19*, de 9 de julio de 2019.

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gregory vs. Reino Unido*. 25 de febrero de 1997.

– *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. 30 de mayo de 1999.

– *Caso Quintana Coello vs Ecuador*. 31 de enero de 2001

– *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. 31 de enero de 2001.

– *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. 6 de diciembre de 2001.

– *Caso Pescador Valero vs. España*. 17 de junio de 2003.

– *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2 de julio de 2004.

– *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. 5 de agosto de 2008.

– *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. 30 de junio de 2009.

– *Caso J. Vs. Perú*. 27 de noviembre de 2013

– *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. 5 de octubre de 2015.

– *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. 25 de marzo de 2017.

– *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. 30 de agosto de 2019.

Tribunal Constitucional. *Sentencia TC. Sentencia 137/1987*, 22 de julio.

– *Sentencia 150/1989*, 2 de septiembre.

– *Sentencia 60/1995*, 16 de marzo.

– *Sentencia 136/1999*, 20 de julio.

– *Sentencia 151/2000*, 12 de junio.

– *Sentencia 52/2001*, 26 de febrero.

– *Sentencia 154/2001*, 12 de junio.

– *Sentencia 38/2003*, 14 de febrero.

– *Sentencia 85/2003*, 11 de abril.

– *Sentencia 5/2004*, 16 de enero.

– *Sentencia 240/2005*, 10 de octubre.

– *Sentencia 45/2006*, 13 de febrero.

– *Sentencia 143/2006*, 8 de mayo.

– *Sentencia 55/2007*, 12 de marzo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Piersack vs. Bélgica*, 1 de octubre de 1982.

- *Caso De Cubber vs. Bélgica*, 26 de octubre de 1984.
- *Caso Hauschildt vs. Dinamarca*, 25 de mayo de 1989.
- *Caso Pfeifer y Plankl vs. Austria*, 25 de febrero de 1992.
- *Sainte-Marie vs Francia*, 16 de diciembre de 1992.
- *Caso Fey vs. Austria*, 24 de febrero de 1993.
- *Caso Padovani vs. Italia*, 26 de febrero de 1993.
- *Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, 22 de abril de 1994.
- *Caso Bulut vs. Austria*, 22 de febrero de 1996.
- *Caso Gregory vs. Reino Unido*, 25 de febrero de 1997.
- *Caso Gautrin y otros vs Francia*, 20 de mayo de 1998.
- *Caso Castillo Algar vs. España*, 28 de octubre de 1998.
- *Caso Sanders vs. Reino Unido*, 9 de mayo de 2000.
- *Caso Perote Pellón vs. España*, 25 de julio de 2001.
- *Caso Kyprianu vs Chipre*, 15 de diciembre de 2005.
- *Caso Vera Fernández-Huidobro vs. España*, 6 de enero de 2010.
- *Caso Hanif y Khan vs. Reino Unido*, 20 de diciembre de 2011.

# Desarrollo de los límites de la prisión preventiva en la jurisprudencia constitucional. Análisis de la sentencia 8-20-CN/21

María Paz Jervis Pastor <sup>1</sup>  
Daniela Estefanía Erazo Galarza <sup>2</sup>

Cómo citar: Jervis Pastor, María Paz y Erazo Galarza, Daniela Estefanía. (2022). Desarrollo de los límites de la prisión preventiva en la jurisprudencia constitucional. Análisis de la sentencia 8-20-CN/21. IUS Constitutionale, 3, 35-52. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

El presente artículo se encuentra orientado a analizar el desarrollo de los límites a la prisión preventiva en el Ecuador, por parte de la Corte Constitucional en la sentencia 8-20-CN/21. Para ello, se inicia refiriéndose al derecho a la libertad, y en específico a la libertad personal, así como a su necesaria protección por parte del Estado. Así mismo, se define a la prisión preventiva como uno de los mecanismos procesales encaminados a asegurar la presencia de la persona procesada en el proceso, resaltando cómo su uso indebido afectaría el derecho a la libertad y otros derechos conexos. A continuación, se efectúa un análisis crítico de la sentencia 8-20-CN/21, destacando los criterios que llevaron a la Corte a determinar que el primer inciso del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal es inconstitucional, por contravenir lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución que cataloga a las medidas privativas de libertad como excepcionales.

## Palabras clave:

Jurisprudencia, libertad, prisión preventiva, principios de excepcionalidad, Corte Constitucional, control de constitucionalidad.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, Máster en Relaciones Internacionales, Seguridad y Derechos Humanos, Especialista en Género por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UISEK.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ingeniera Comercial por la Universidad Nacional de Loja, Magíster en Derecho mención Derecho Tributario, Especialista en Tributación y Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Internacional SEK.

## Introducción

De conformidad con lo establecido en el art. 429 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>3</sup> (en adelante, CRE), la Corte Constitucional del Ecuador se constituye en el máximo órgano de interpretación constitucional, control y administración de justicia en esta materia, es decir en el guardián de la Constitución, a quién le corresponde garantizar que ésta sea respetada, y por tanto que se cumpla con el más alto deber del Estado consagrado en el art.11.9 de la norma constitucional, que consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución. Luis Prieto Sanchís, resalta la labor que cumplen los Tribunales Constitucionales para garantizar la aplicación directa de la Constitución y su fuerza normativa a través del denominado control de constitucionalidad<sup>4</sup>.

Dentro de este escenario, la Corte Constitucional (en adelante, CCE o Corte) en el marco de resolución de una consulta de norma emitió la sentencia 8-20-CN/21<sup>5</sup> el 18 de agosto de 2021, cuya ponente fue la jueza Karla Andrade Quevedo. Esta decisión nuevamente puso sobre el debate el tema polémico de la prisión preventiva en el Ecuador, el cual ha generado la emisión de variados trabajos académicos encaminados a cuestionar el abuso de esta medida cautelar prevista en el Código Orgánico

Integral Penal<sup>6</sup> (en adelante COIP) por parte de la Fiscalía y autoridades judiciales.

Por todo ello, el presente artículo no se encuentra encaminado a cuestionar el uso indebido de la prisión preventiva – tema ampliamente analizado en el Ecuador–, sino más bien a analizar el contenido de la sentencia citada, y su aporte para la protección de los derechos de libertad, es decir el rol que cumple la CCE como órgano encargado de proteger derechos, para lo cual se iniciará haciendo referencia al derecho a la libertad, para posteriormente analizar brevemente a la prisión preventiva en Ecuador, y con ello identificar los principales aportes de la sentencia 8-20-CN/21.

## Protección del derecho a la libertad

Del análisis de la historia constitucional del Ecuador, se destaca que el derecho a libertad es uno de los derechos que se ha encontrado presente en casi la totalidad de constituciones, esto por cuanto su garantía sin lugar a dudas, genera la protección de otros derechos constitucionales que van de la mano con éste, por cuanto resulta imposible hablar de una protección constitucional<sup>7</sup>, si el Estado no garantiza el derecho a la libertad.

En otras palabras, el derecho a la libertad se constituye en un derecho muy sensible e importante, que únicamente

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador [CRE], Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008: art. 429.

<sup>4</sup> Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, (Madrid: Ed. Trotta, 2013), p. 26-27.

<sup>5</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 8-20-CN/21*, 18 de agosto de 2021.

<sup>6</sup> Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>7</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 8-20-CN/21*, 18 de agosto de 2021.

puede ser limitado en los casos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico, y con las debidas justificaciones legales. Por ejemplo, en el caso del derecho penal, que se activa cuando existe una afectación de los bienes jurídicos más importantes que el Estado se compromete a tutelar; es por ello que los ordenamientos jurídicos han incorporado en sus textos constitucionales principios como el de la mínima intervención penal<sup>8</sup>, que se traducen en que el derecho penal únicamente debe actuar en casos excepcionales, debido a que parte de la naturaleza de esta rama del derecho es sancionar el cometimiento de actos u omisiones que afectan bienes relevantes a fin de prevenir el cometimiento de estos hechos en el futuro, a través de medidas como la privación de libertad.

Eduardo García Maynes precisa lo siguiente:

Desde el punto de vista jurídico, la libertad suele definirse como la facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido. La definición anterior se funda en la división de los actos posibles de un sujeto cualquiera, en relación con las normas del derecho objetivo. Tales actos pertenecen, necesariamente, a una de estas tres categorías: ordenados, prohibidos o permitidos<sup>9</sup>.

Es decir, la libertad engloba la posibilidad de ejecutar diversas acciones que no afecten los derechos de los demás, es por ello que la doctrina establece como límites a esta facultad a todos aquellos actos que se encuentren prohibidos de hacer.

Así, Ligia Galvís señala que:

La libertad no tiene más límites que la libertad del otro, porque ella es la expresión de un Ser con plena conciencia del respeto de sí mismo y de la percepción del otro como su semejante en dignidad. El encuentro con el otro se realiza en libertad y autonomía. El reto esencia de la existencia humana es conciliar la vocación de libertad individual con la vocación de libertad de toda la sociedad y de la especie<sup>10</sup>.

La libertad, por tanto, es un derecho que posee la persona, pero que al igual que los demás derechos no es absoluto, ya que su límite es la restricción al ejercicio de los derechos de otras personas.

La CRE vigente reconoce a este derecho en el art. 66, en el cual consagra un conjunto de derechos a favor de las personas, iniciando por el derecho a la inviolabilidad de la vida, derecho a la vida digna, igualdad, integridad personal, igualdad formal, material y prohibición de discriminación, libre desarrollo de la personalidad, derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, rectificación, derecho a practicar, profesar, conservar su religión o creencias, derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre su salud y vida reproductiva, derecho a guardar reserva sobre sus convicciones, derecho a la objeción de conciencia, derecho a asociarse, reunirse y manifestarse de forma libre y voluntaria, derecho a transitar libremente por el territorio nacional, derecho

8 CRE, art. 195.

9 Eduardo García Maynes, *La libertad como derecho*, (México: Colección Facultad de derecho Universidad Nacional Autónoma de México, 2002) p. 6.

10 Ligia Galvís Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*. (Bogotá: Ediciones Aurora.2008), p. 48.

a desarrollar actividades económicas, derecho a la libertad de contratación, entre otros.

En general, la Constitución reconoce un conjunto de 29 derechos que conforman los denominados derechos de libertad, dado el carácter integrador que tiene este derecho constitucional y su especial relación con otros derechos para tutelar la dignidad humana. Es decir, el término libertad integra variados derechos, en tanto de forma general se encuentra orientado a tutelar el derecho de toda persona de actuar con libertad, lo cual incluye transitar libremente por un determinado lugar, tomar decisiones libres, ejercer sus derechos, etc.

Sin embargo, para el presente análisis resulta relevante referirse a la libertad personal, ya que es el derecho que en materia del derecho penal y, específicamente, en el caso de la prisión preventiva mayormente se restringe. En consecuencia, es importante considerar los derechos previstos en el mencionado art. 66.14 que establece: “el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”<sup>11</sup>. Asimismo, se prevé que: “los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres. b) La prohibición de la esclavitud,

la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas (...). c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias<sup>12</sup>(...)”.

Del análisis de los numerales citados se desprende que toda persona tiene derecho a transitar libremente y merece el reconocimiento de haber nacido libre. Derechos que, como se señaló anteriormente, únicamente pueden ser limitados en los casos y circunstancias expresamente determinados en el ordenamiento jurídico, y no por la simple voluntad o decisión de una autoridad pública.

Por esta razón, el art.77 de la Constitución establece garantías básicas que toda persona privada de libertad o a quién se pretenda privar debe tener, siendo relevante para el presente análisis lo previsto en el numeral 1, a saber:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho a la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley (...) Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> CRE, art. 66.14.

<sup>12</sup> CRE, art. 66.29.

<sup>13</sup> CRE, art. 77.1.

De conformidad con ésta disposición, se evidencia que el constituyente decidió establecer que la privación de libertad es la excepción a la regla, justamente por la necesaria protección del derecho a la libertad ya referida en el contexto de un Estado, cuyo sistema de rehabilitación social es ineficiente.

El derecho a la libertad también ha sido reconocido en instrumentos internacionales, como es el caso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el cual en su art. 1, vinculándolo con el derecho a la igualdad, establece: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”<sup>14</sup>; mientras que en el art. 4 se define en qué consiste esta libertad, a saber: “consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la ley”<sup>15</sup>.

Del análisis de estas dos disposiciones se desprende que el derecho a la libertad es un derecho que se garantiza a las personas desde su existencia, y que puede ser ejercido siempre y cuando no afecte los derechos de las demás personas.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce que todos los seres humanos nacen libres, además de que en su art. 3 consagra que toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, estableciendo en el art. 9 que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado<sup>16</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece una regulación más clara respecto del derecho a la libertad, determinando en el art. 7:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificado, sin demora, del cargo o cargo formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo

<sup>14</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Consejo Constitucional de Francia, 1789: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Documentos, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>

razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su liberada si el arresto o la detención fueran ilegales (...).
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios<sup>17</sup>.

Las garantías del derecho a la libertad consagradas en el art. 7 de la CADH se encuentran orientadas a asegurar que para que una persona sea privada de su libertad, debe sustentarse en las causas previstas en las normas jurídicas, quedando prohibida la detención arbitraria y sin ninguna motivación.

Por tal razón, se prevé que toda persona al momento de ser privada de su libertad debe ser informada de las razones por las cuales se genera esta restricción a su derecho, así como ser llevada inmediatamente ante un juez competente, y contar un debido proceso en el cual pueda defenderse de forma imparcial y adecuada.

Respecto de este derecho Lorena González Volio precisó:

El derecho a la libertad personal es reconocido como un derecho fundamental en los principales instrumentos de derechos humanos. Dada su importancia, el derecho internacional dispone de varias normas detalladas para protegerlo y para proteger a las personas privadas de libertad. Este corpus juris establece las garantías que los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar, enfatizándose que cualquier privación de la libertad debe llevarse a cabo conforme al derecho preestablecido; en consecuencia, “nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias”<sup>18</sup>.

Del análisis tanto de las disposiciones previstas en la CRE, así como de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se desprende que no solo se consagra al derecho a la libertad como un derecho con el que toda persona nace, sino además se desarrollan una serie de garantías para que en los casos en que una persona sea privada de su libertad, esta privación se sustente en motivaciones previamente establecidas en la norma jurídica, es decir asegurando el ejercicio del derecho a la seguridad jurídica previsto en el art. 82 de la CRE<sup>19</sup> que establece como su más alto fundamento el respeto a la Constitución y la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas, así como respetando el derecho al debido proceso, específicamente en las garantías de tipicidad y presunción de inocencia.

<sup>17</sup> Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

<sup>18</sup> Lorena González Volio, “El derecho a la libertad personal: repuestas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, (San José, Costa Rica Colección IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, PRODECA, 2004), p. 192.

<sup>19</sup> CRE, art. 28.

## La prisión preventiva

Conforme fue señalado al inicio de este trabajo, el tema de la prisión preventiva ha sido un tema polémico no solo en Ecuador, sino además en varios países de la región, por cuanto, esta medida orientada a garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso, cuya naturaleza desde siempre ha sido denominada como excepcional, no ha cumplido esta excepcionalidad y se la ha utilizado como un mecanismo generalizado, situación que como será analizado más adelante genera una transgresión del derecho constitucional a la libertad personal en su sentido integral.

Si bien, este trabajo no se encuentra orientado a analizar el uso indebido de la prisión preventiva en el Ecuador, sino más bien a estudiar el contenido de la sentencia 8-20-CN/21, es importante para lograr esta finalidad hacer referencia brevemente a este mecanismo procesal. La CRE en su art. 77.1<sup>20</sup>, determina que la privación de libertad no será la regla general, por lo que, en su numeral 9 dentro de las garantías con las que cuentan las personas privadas de su libertad señala:

Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

<sup>20</sup> CRE, art. 77.1.

<sup>21</sup> CRE, art. 77.9.

<sup>22</sup> CRE, art. 77.11

<sup>23</sup> Laura Martínez Breña, "La pena privativa de libertad a la luz del sistema interamericano de derechos humanos", en: Sergio García Ramírez, Olga Islas, Mercedes Peláez, Coords., *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos y repercusión en la justicia penal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2014) p. 177-185.

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad (...) <sup>21</sup>

Así mismo el numeral 11 determina que: "La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley" <sup>22</sup>.

Laura Martínez Breña define a la pena privativa de libertad como una institución que lleva de la mano la restricción de varios derechos humanos, en tanto se altera el desenvolvimiento genuino del ser humano, enfatizando cómo el sistema interamericano de derechos humanos ha conocido múltiples casos de privaciones de libertad en condiciones indignas <sup>23</sup>. El objetivo de establecer la excepcionalidad de la privación de libertad, se da justamente por la restricción de derechos que se genera con la aplicación de esta medida, muchas más cuando la persona aún no cuenta con una sentencia condenatoria. Tal como la Constitución lo determina, la prisión preventiva se constituye en una medida excepcional, que debe ser ordenada únicamente cuando otras medidas no sean suficientes, esto por cuanto, como fue señalado la libertad es un derecho sustancial

dentro de nuestro sistema de derechos, el cual de forma transversal garantiza otros derechos constitucionales.

Así mismo, la norma constitucional determina expresamente los plazos que debe durar la prisión preventiva, a fin de evitar la prolongación de la misma, y por tanto que las personas permanezcan privadas de su libertad, y nuestro sistema de rehabilitación social siga en una situación de hacinamiento que impide que el Estado cumpla con su deber de brindar una rehabilitación, además de proteger los derechos de las personas privadas de su libertad, como un grupo de atención prioritaria<sup>24</sup>.

Ramiro Avila Santamaría señala que:

La pena sin condena, es la prisión preventiva utilizada como regla, que se sustenta en tres requisitos que gozan del consenso doctrinario entre procesalistas penales y que, desde un discurso crítico a partir de los derechos humanos, son fácilmente deslegitimados. Por el primer requisito, tienen que haber supuestos materiales para dictarla, esto es: tiene que haber suficiente elementos de prueba para sostener que existió la infracción y que la persona es responsable (...). El segundo requisito tiene que ver con la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja a la defensa que privarle o restringirle considerablemente de sus posibilidades de actuación (...)<sup>25</sup>

El citado criterio es pertinente para este análisis, por cuanto se define a la prisión preventiva como una especie de pena sin condena, que además tiene un efecto directo en el ejercicio del derecho a la defensa, y la evidente restricción de otros derechos.

Es importante precisar que en el año 2011 se efectuó la enmienda constitucional del art. 77 de la Constitución de la República, con la finalidad de establecer límites a la prisión preventiva, por lo que, la propuesta de enmienda constitucional se sujetó a un control previo de constitucionalidad por parte de la Corte, la cual emitió el dictamen 001-11-DRC-CC con fecha 15 de febrero de 2011, en el que refiriéndose a la prisión preventiva, señaló:

En doctrina jurídica existe un consenso generalizado respecto de que la prisión preventiva representa un dispositivo procesal que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso. En este sentido, la prisión preventiva tiene carácter instrumental y no penal material, por lo que debe ser adoptada por razones y con finalidades distintas a la sanción penal. Con esto, la prisión preventiva se adopta como medida procesal para regular el ejercicio de los derechos en caso de presunción del cometimiento de delitos. En tanto garantía procesal, solo puede ser adoptada como medida excepcional, por ser un principio de carácter

<sup>24</sup> Cfr. En la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, la Corte Constitucional del Ecuador, cuestiono que según la información remitida por el SNAI, el 02 de diciembre de 2020 se encuentran "38.966 personas privadas de libertad en una capacidad instalada de 29.540 plazas", precisando que existe una población carcelaria de aproximadamente 10.441. Esta situación a criterio de la Corte genera que exista una grave situación de hacinamiento en las cárceles, lo cual es consecuencia de las graves deficiencias estructurales en el sistema de administración de justicia, como es el uso excesivo de la prisión preventiva, contraviniendo lo previsto en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución que establece que la privación de libertad no será la regla general.

<sup>25</sup> Ramiro Avila Santamaría, La injusticia penal en la democracia constitucional: una mirada desde el garantismo penal. (Quito: Ediciones Legales. Universidad Andina Simón Bolívar. 2013) p. 40.

instrumental, contemplado en instrumentos internacionales (art. 9, inc 2 PIDCP), y en la Constitución<sup>26</sup>

Es decir, la Corte Constitucional destacó justamente la finalidad de la prisión preventiva, diferenciando que bajo ninguna circunstancia se puede considerar como una sanción penal como tal, ya que al contrario tiene carácter instrumental.

Ahora bien, dentro de la normativa infraconstitucional, la prisión preventiva, se regula en el capítulo segundo sección primera del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), enlistándola como parte de las medidas cautelares orientadas a garantizar la presencia de la persona procesada. Al respecto, el art. 522 expresamente determina:

Art. 522.- Modalidades.- La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:  
(...) 6. Prisión preventiva<sup>27</sup>.

El artículo citado es claro al señalar que las medidas cautelares deberán ser aplicadas, quedando la prisión preventiva como *última ratio*.

Por su parte, el art. 534 *ibídem* establece la finalidad y requisitos de la prisión preventiva, precisando que ésta tiene como finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la cual debe ser

solicitada de forma fundamentada, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituyen razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juzgador obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año<sup>28</sup>.

Es decir, la prisión preventiva debe cumplir con los requisitos determinados en la norma citada para ser ordenada, no pudiendo considerarse como una medida preferente frente a las demás medidas

<sup>26</sup> CCE. *Dictamen 001-11-DRC-CC*, 15 de febrero de 2011.

<sup>27</sup> COIP, art. 522.

<sup>28</sup> COIP, art. 534.

cautelares, ya que al contrario es excepcional, puesto que uso indiscriminado tendría dos consecuencias: la primera afectar el derecho a la libertad de la persona privada de su libertad y, la segunda, complicar aún más la situación de hacinamiento de los centros de privación de libertad.

Respecto de la prisión preventiva y de su carácter excepcional, la Corte Constitucional en la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados señaló:

53. Esas normas disponen el carácter excepcional de la prisión preventiva, reconociendo que entre los derechos garantizados constitucionalmente se encuentra la libertad personal, que se convierte en la regla general. Como consecuencia de aquello, la prisión preventiva cuenta con una serie de limitaciones para su imposición que fortalecen su carácter de excepcionalidad, mismas que deben ser observadas por todas las y los juzgadores

54. En esa medida, las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios. No obstante, conforme la información recibida, esta Corte evidencia con preocupación la inobservancia de las normas referidas y un abuso en el uso de la prisión preventiva que inciden en el incremento de la población carcelaria<sup>29</sup>

La sentencia citada es muy importante, por cuanto demuestra la preocupación de la Corte Constitucional respecto del uso indebido y arbitrario de la prisión preventiva en el Ecuador, esto debido a que se constató que los fiscales y defensores la solicitan como la regla general, más no como la excepción, y que los jueces sin mayor motivación ordenan prisión preventiva, mucho más cuando se trata de casos mediáticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, señaló que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga, así mismo precisó que la sospecha debe estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, más no en meras conjeturas o instituciones abstractas<sup>30</sup>.

Por todo ello, es claro que tanto a nivel constitucional y legal, así como jurisprudencial, la prisión preventiva tiene carácter instrumental, y por tanto su aplicación debe darse cuando las demás medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presencia de la persona procesada

<sup>29</sup> CCE. *Sentencia 365-18-JH/21*. 24 de marzo de 2021, párr. 53 y 54.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Sentencia Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, en la cual se determinó: “103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o instituciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.

al proceso, cumpliendo con los principios anteriormente referidos; esto es necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Por todo ello, es claro que tanto a nivel constitucional y legal, así como jurisprudencial, la prisión preventiva tiene carácter instrumental, y por tanto su aplicación debe darse cuando las demás medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presencia de la persona procesada al proceso, cumpliendo con los principios anteriormente referidos; esto es necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, conforme la misma Corte en su jurisprudencia lo ha destacado, en el Ecuador ha existido un uso indebido de la prisión preventiva, por cuanto la regla general ha sido aplicarla, y la excepción no ordenarla, lo cual ha tenido una afectación directa no solo a los derechos de las personas procesadas, sino también a nivel estructural, por cuanto ha complicado aún más la situación en la que se encuentra el sistema de rehabilitación social en el país.

### **Análisis de la sentencia 8-20-CN/21**

El 18 de agosto de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador con cinco votos a favor y cuatro salvados emitió la sentencia 8-20-CN/21, de ponencia de la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, la cual resolvió la constitucionalidad respecto al inciso primero del art. 536 del COIP, relativo a la sustitución de la prisión

preventiva, en cuya resolución declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Para el análisis de esta sentencia, se iniciará identificando sus principales antecedentes y, posteriormente, se analizarán los criterios que llevaron a la Corte Constitucional a establecer la inconstitucionalidad de la norma en mención.

### **Antecedentes del caso 8-20-CN**

El caso en análisis ingresó a la Corte Constitucional a través de una consulta de norma remitida por una jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito.

La consulta de norma fue presentada en el marco de resolución de un proceso penal, en el que el 29 de enero de 2020, Jhonnathan Andrés Blanco Tovar, Andrés Fernando Martino Tovar y Yoendry David Barreto Rivera (los procesados) fueron detenidos en el cometimiento de un presunto delito flagrante.

El 30 de enero de 2020, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre de Quito, calificó la flagrancia, así como también formuló cargos por el delito de robo y ordenó la medida de prisión preventiva a los tres procesados.

Los procesados presentaron una solicitud de sustitución de medida cautelar sustentados en lo previsto en el art. 521 del COIP. En este escenario, mediante providencia emitida el 04 de marzo de 2020, se convocó a audiencia a fin de resolver la sustitución de la prisión y se declaró la conclusión de la instrucción fiscal.

La referida audiencia fue realizada el día 9 de marzo de 2020, en la que la jueza de la Unidad Judicial decidió suspender la tramitación del proceso y elevar el expediente en consulta<sup>31</sup>. La jueza de instancia consultó la constitucionalidad del art. 536 del COIP, razón por la cual el proceso fue remitido a la Corte Constitucional con fecha 12 de marzo de 2020.

El 26 de agosto de 2020, la jueza decidió continuar con la tramitación del caso y convocó a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el 7 de septiembre de 2020. Los procesados presentaron un pedido de sustitución de la prisión preventiva, razón por la cual, la jueza mediante providencia de fecha 31 de agosto de 2020, señaló que esta petición será resuelta en la audiencia.

El 21 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados en razón de que no existían elementos de cargo SUFICIENTES

que permitan presumir la existencia del delito de acción pública y que los procesados hayan sido autores o cómplices de la infracción. Por esta razón, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso su inmediata libertad.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el 04 de junio de 2020 admitió a trámite la consulta de constitucionalidad presentada, y con fecha 03 de julio de 2020 la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo avocó conocimiento de la causa, la cual fue resuelta el 18 de agosto de 2021.

### **Análisis de las motivaciones de la sentencia No. 8-20-CN/21**

La consulta de norma remitida por la jueza de la Unidad Judicial Penal se sustentó en cuestionar la constitucionalidad del art. 536 del COIP, que determina:

Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia<sup>32</sup>.

A criterio de la jueza consultante, la norma en mención se encontraba en con-

<sup>31</sup> Cfr. La consulta de constitucionalidad efectuada por la jueza se sustentó en lo previsto en el art. 426 de la Constitución de la República, el cual determina: "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente".

<sup>32</sup> COIP, art. 536.

flicto con el contenido del art.77.1 de la CRE que establece que la privación de la libertad no es la regla sino la excepción, esto por cuanto a su criterio el inciso primero de la norma consultada impone un candado legal a los operadores jurídicos, que les impide realizar un análisis de la prisión preventiva en torno a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.

Además, la jueza consultante precisó que, con base en el principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva como medida cautelar debe ser considerada como de *última ratio*, sin embargo, el art.536 limita la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal, lo cual limita la aplicación de los principios anteriormente referidos, y que por tanto la prisión preventiva sea excepcional. Así mismo, la jueza en el segundo punto de su consulta, señaló que las últimas reformas al COIP al art.536 inciso tercero, añaden la reincidencia como otra excepción, lo cual a su criterio limita “la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados”, situación que incurriría en una discriminación prohibida por el art. 11.2 de la CRE.

Para resolver la consulta planteada, la Corte limitó el análisis de la consulta de norma al primer aspecto, esto es a la inconstitucionalidad del art.536 inciso primero del COIP, que se refiere a la imposibilidad de sustitución de las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad

superior a cinco años, por cuanto consideró que esta norma debía ser aplicada en atención al momento procesal del proceso penal, precisando que respecto del segundo cuestionamiento de la jueza, este no había sido justificado en lo referente a la necesidad de su aplicación al caso concreto.

En este escenario, la Corte se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva y su necesidad de protección dentro de los procesos judiciales, enfatizando que en el caso de los procesos penales, el legislador ha previsto distintas medidas cautelares como garantía de la eficacia del proceso penal, a fin de asegurar la presencia del procesado, el cumplimiento de la posible pena y la reparación integral.

Así mismo, se refirió a la posibilidad de que las medidas cautelares previstas en el COIP puedan ser sustituidas, suspendidas o revocadas, pues señala que “-por su propia naturaleza- toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable, lo que denota que estas pueden transformarse en otras si se modifican las circunstancias que inicialmente las fundamentaron y que, en definitiva, estas no pueden persistir si no subsisten los presupuestos que las justificaron”<sup>33</sup>.

No obstante, señaló que el art.536 inciso primero del COIP, impide la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva, al determinar que esta no cabe en

<sup>33</sup> CCE. *Sentencia 8-20-CN/21*, 18 de agosto de 2021.

las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años. Frente a esta situación, la Corte enfatizó que:

37. Al respecto, es preciso mencionar que la prisión preventiva constituye una medida cautelar que garantiza la eficacia del proceso penal a través de la privación preventiva de libertad de una persona procesada por un delito. No obstante, esta constituye la medida más gravosa que el Estado puede adoptar sin que aún exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, pues supone una restricción al derecho a la libertad ambulatoria del procesado (...).

38. Así, a consideración de esta Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria<sup>34</sup>.

Es decir, la Corte Constitucional del Ecuador destacó que la prisión preventiva es una medida, que si bien en algunos casos es necesaria para la eficacia del proceso penal, *prima facie* vulnera un conjunto de derechos constitucionales, razón por la cual, su imposición es de *última ratio* y ex-

cepcional, que únicamente debe ser dictada cuando existan justificaciones suficientes para ello, y no de forma generalizada, por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena.

El análisis efectuado por la CCE es acorde con las disposiciones constitucionales citadas en los numerales 2 y 3 del presente trabajo en los que, conforme se señaló, el sistema constitucional ecuatoriano ha consagrado la protección especial del derecho a la libertad personal, desarrollando principios y normas que deben observarse cuando este derecho vaya a ser restringido, a fin de que el Estado no incurra en actuaciones arbitrarias.

La Corte además precisó que la excepcionalidad de la prisión preventiva no debe ser aplicada únicamente al momento de dictarla, sino además a lo largo de toda su vigencia; es decir, analizando en caso de que haya sido ordenada, si las circunstancias que la motivaron perdieron vigencia, lo cual ha llevado, a criterio de la Corte, a que el art.77.9 de la CRE, establezca un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva. No obstante, la Corte señaló que “aunque efectivamente existe un plazo máximo de la prisión preventiva, esto no implica que el máximo de tiempo de la prisión preventiva sea el proporcional para todos los casos, pues la restricción a la libertad del procesado puede tornarse arbitraria antes de que la prisión preventiva

<sup>34</sup> CCE. Sentencia 8-20-CN/21, 18 de agosto de 2021.

caduque dependiendo de las circunstancias de cada caso”<sup>35</sup>.

Es decir, la Corte Constitucional destacó que la protección del derecho a la libertad es integral, razón por la cual, la autoridad judicial a lo largo de todo el proceso penal, debe considerar la posibilidad de ordenar o mantener la medida cautelar de prisión preventiva como una medida excepcional, cuya vigencia y permanencia se encuentra condicionada a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.

Con estos argumentos, la Corte Constitucional del Ecuador concluyó que:

50. Contrario a esto, en el presente caso, como ya ha quedado anotado, el inciso primero del artículo 536 del COIP imposibilita, sin excepciones, que los juzgadores puedan evaluar siquiera la posibilidad de sustituir la prisión preventiva en todos los casos en que la infracción acusada sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años. En tal sentido, incluso si se justificasen nuevas circunstancias que denotan que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado es innecesaria y que está en estricto sentido ya no es proporcional, la norma consultada prohíbe que se sustituya la prisión preventiva y la restricción al derecho a la libertad del procesado<sup>36</sup>.

Del análisis de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional, se concluye que el contenido del art.536 inciso primero del COIP, transforma a la prisión preventiva para aquellos delitos sancionados con penas privativa de libertad

superiores a cinco años como una medida generalizada, más no como excepcional, lo cual impide su sustitución, y significa un candado legal que tienen las autoridades judiciales al momento en que evalúan la necesidad de mantener o no la vigencia de la prisión preventiva, limitando con ello los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad anteriormente referidos.

A partir del análisis efectuado, la CCE consideró que la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del art.536.1 del COIP, es contraria a lo previsto en los arts. 66.14 y 77.1 de la CRE, esto es al derecho a la libertad personal y por tanto a la privación de libertad como la excepción, pues imposibilita la sustitución de la prisión preventiva, cuando esta haya perdido su fundamento constitucional y, por tanto, se haya convertido en arbitraria.

Así mismo, la Corte estableció que la sentencia tiene los mismos efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad conforme lo previsto en el art. 143.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es decir, efectos *erga omnes*. Por lo expuesto, la Corte en sentencia resolvió declarar la inconstitucionalidad de la frase contenida en el art.536.1 del COIP que establecía: “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

En razón de lo señalado, es claro que la Corte Constitucional, en su rol de guardián de la Constitución, a partir de la resolución del caso en análisis destacó la necesidad de garantizar lo previsto en el art.77 de la CRE, en el cual se prevé con claridad que la privación de libertad no es la regla, sino la excepción; es decir, únicamente puede ser ordenada en los casos previstos en el ordenamiento jurídico y con las debidas motivaciones.

Destacó además que, si bien el legislador cuenta con libertad de configuración legal de figuras como la prisión preventiva, aquella facultad debe ser ejercida en observancia de los derechos y principios constitucionales. Esta sentencia es muy importante, ya que además de solucionar un problema procesal con el cual se enfrentaban muchos jueces, ayuda a la mejora de un problema estructural, como lo es la sobrepoblación del sistema carcelario en el país.

El análisis contenido en la sentencia además es claro y preciso, por cuanto de su lectura se desprende el ejercicio de contraposición de la norma constitucional con la norma acusada de inconstitucional por parte de la jueza consultante, a partir del análisis no solo de jurisprudencia de la misma CCE, sino además recurriendo al análisis de decisiones de la Corte IDH.

## Conclusiones

Sin lugar a dudas, la emisión de este tipo de decisiones por parte del máximo órgano de interpretación, control y administración de justicia constitucional, no fuera del todo posible, si los jueces no hicieran uso del denominado control concreto de constitucionalidad, en tanto que son ellos, mediante el conocimiento de casos concretos, quienes en el día a día pueden encontrar normas con evidentes conflictos de constitucionalidad, en cuyo caso resulta transcendental la activación de la acción de consulta de norma ante la CCE, a fin de que verifique si en efecto existe o no una incompatibilidad de la norma con el texto constitucional.

De igual forma, es importante destacar el rol que cumple el mecanismo de control de constitucionalidad para lograr que el más alto deber del Estado, esto es el respetar y hacer respetar los derechos constitucionales, previsto en el art.11.9 sea efectivamente cumplido, a través de la identificación de disposiciones normativas que se encuentran en contradicción con la CRE, y su expulsión del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la sentencia como tal, la misma permite garantizar los derechos de libertad previstos en la CRE, por cuanto evidencia como el desarrollo normativo de un mecanismo procesal puede significar una vulneración de este derecho. Este fue el caso de la prisión preventiva que, sin lugar a dudas, es necesaria dentro de nues-

tro ordenamiento jurídico; sin perjuicio de aquello, para su adopción debe observarse lo previsto en el art. 77 de la CRE, esto es, garantizar que su implementación sea de *última ratio*, únicamente en los casos en las demás medidas no sean las adecuadas.

Sin embargo, se considera que la CCE debió además pronunciarse respecto del segundo argumento emitido por la jueza consultante referido a la limitación de sustituir la prisión preventiva en los casos de reincidencia. Si bien esta norma no era aplicable al caso concreto, en virtud del principio *iura novit curia* y de la favorabilidad de los derechos, la Corte bien podía entrar a su análisis a partir de las mismas motivaciones que implementó para examinar el art.536.1 del COIP, y solucionar con ellos los problemas que se generan con su aplicación.

## Bibliografía

### Doctrina

Eduardo García Máynez. *La libertad como derecho*. México: Colección Facultad de derecho Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Laura Martínez Breña, “La pena privativa de libertad a la luz del sistema interamericano de derechos humanos”, en: Sergio García Ramírez, Olga Islas, Mercedes Peláez, Coords., *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos y repercusión en la justicia penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2014.

Ligia Galvís Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2008.

Lorena González Volio. “El derecho a la libertad personal: repuestas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. San José, Costa Rica Colección IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, PRODECA, 2004, p. 192.

Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos*. Ensayos de filosofía jurídica, Madrid: Ed. Trotta, 2013.

Ramiro Avila Santamaría, *La injusticia penal en la democracia constitucional: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales. Universidad Andina Simón Bolívar. 2013.

### Normativa

Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Consejo Constitucional de Francia, 1789: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/decla->

racion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52, Suplemento 22 de octubre del 2009.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen 001-11-DRC-CC, 15 de febrero de 2011.

- Sentencia 8-20-CN/21, 18 de agosto de 2021.

- Sentencia 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 noviembre de 2007.

# Estado actual de la estabilidad laboral reforzada en Ecuador

Camilo Pinos Jaén <sup>1</sup>  
Marcelo Guerra Coronel <sup>2</sup>

Cómo citar: Pinos Jaén, Camilo y Guerra Coronel, Marcelo. (2022).  
Estado actual de la estabilidad laboral reforzada en Ecuador.  
IUS Constitutionale, 3, 53-66.

[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

La presente investigación aborda la estabilidad laboral reforzada como una garantía en el ámbito laboral, público y privado. En este sentido, luego de sentar las bases teóricas sobre el derecho del trabajo, se analizó esta protección especial desde la jurisprudencia y los precedentes de la Corte Constitucional del Ecuador, por ser la que reconoce esta figura a falta de disposiciones jurídicas. Además, se identificó a las personas beneficiarias y su alcance. Por otro lado, se realizó un breve análisis, de derecho comparado con Colombia y Bolivia, a partir del desarrollo jurisprudencial de las respectivas altas cortes. Finalmente, luego de realizado el análisis, se llegó a la conclusión que la estabilidad laboral reforzada es una verdadera garantía de reivindicación social; sin embargo, por su carácter dinámico, también debe extenderse a otras personas que se encuentran en situación de desventaja como son las personas que, dependiente o independientemente de su edad, se encuentran próximas a jubilarse y son despedidas sin justa causa.

## Palabras clave:

Estabilidad laboral reforzada, personas en situación de vulnerabilidad, especial protección, trabajo, Estado social.

---

<sup>1</sup> Abogado de los Tribunales de la República y Mediador por la Universidad Católica de Cuenca. Diplomado en Formación de Investigadores por la Universidad Autónoma de Nueva León. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Otavalo. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Egresado en la Maestría de Investigación en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Estudiante en la Maestría Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en la Universidad Católica de Cuenca. Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues. Profesor en la Maestría Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional en Universidad Católica de Cuenca. Correo electrónico: camilopinosjaen@hotmail.com

<sup>2</sup> Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca. Magíster con Distinción en Investigación en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato PhD en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca. Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar.

## Introducción

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) a partir de su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008<sup>3</sup>, crea, *inter alia*, un órgano autónomo e independiente como guardián de la Constitución, denominado Corte Constitucional (CCE) que, a diferencia del Tribunal Constitucional reconocido por la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998<sup>4</sup>, tiene algunas novedosas funciones y atribuciones.

La CCE es el máximo órgano de administración de justicia constitucional en Ecuador, con la facultad de desarrollar jurisprudencia vinculante vía sentencias respecto de las garantías jurisdiccionales. Asimismo, entre sus atribuciones se encuentra la de ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, con decisiones vinculantes. De este modo, el efecto de sus decisiones puede variar *inter alia*, en *inter pares*, *inter comunis*, *erga omnes*, lo cual es relevante al momento de citar sus precedentes.

Al respecto, la CCE ha interpretado la estabilidad laboral de personas que se encuentran tuteladas por el artículo 35 de la CRE en concordancia con el numeral 2 del artículo 11 de la norma supra, brindándole una característica reforzada. Frente a esto, ¿cuál es el alcance de esta garantía laboral en el Ecuador?, para ello, luego de

sentar brevemente las bases teóricas de la estabilidad laboral reforzada como límite a los empleadores, se analiza la jurisprudencia relevante de la CCE, para finalmente identificar su alcance y personas beneficiarias.

## El derecho al trabajo y la estabilidad laboral

El trabajo es una actividad que se ha desarrollado desde el apareamiento del ser humano, para satisfacer sus necesidades y generar mejores condiciones de vida; sin embargo, esto trajo consigo, que las civilizaciones más fuertes sometían a las débiles provocando la esclavitud. Los esclavos constituían la fuerza de trabajo de sus dueños, quienes a más de tener autoridad, podían decidir sobre su vida o muerte.

Con el advenimiento de sistemas como el feudalismo, capitalismo, comunismo<sup>5</sup>, por citar, se vio necesario el reconocimiento de derechos a los trabajadores, y en consecuencia nace el derecho laboral, como respuesta al dinamismo propio del derecho al trabajo, que gira en función de los diferentes sistemas económicos.

Sin embargo, aunque parezca paradójico, la revolución liberal, el sistema de libertades y la libertad de contrato, son elementos decisivos en la historia del derecho laboral, por cuanto, las diferentes formas de trabajo, se encontraban some-

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>4</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

<sup>5</sup> Como precedentes históricos el Código de Hammurabi, las leyes de Solón (reforma social), los collegia romanos, por citar.

tidas a formas involuntarias del mismo; sin embargo, la aparición del contrato de trabajo, es un símbolo de libertad, porque a partir del mismo se escoge voluntariamente el trabajo que se desea realizar. Por otro lado, puede ser visto como un símbolo de sometimiento generado por la desigualdad específica, propia de las relaciones de producción. Esto es el resultado del desarrollo industrial a partir de la diferencia entre quien posee el capital (el que elige) y el que posee la capacidad de trabajo (el elegido). Esta desigualdad es conocida como dependencia laboral<sup>6</sup>.

En este sentido, nace la legislación obrera o legislación industrial; es una categorización que se refería a los trabajadores industriales, luego de lo cual se generó un proceso expansivo, abarcando a otros trabajadores que no eran industriales, dando lugar al derecho del trabajo, en el cual se establecen condiciones justas para las partes contratantes.

A causa de ello, se limita el poder del empleador, para que la negociación se realice con base en condiciones mínimas de trabajo y no imponga condiciones. Del mismo modo, el poder de dirección y organización de la empresa, también se limita en la facultad disciplinaria; y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores discriminados por razones de sexo, ideología política, etnia, se erige como límite a ese poder.

6 Adrian Goldin, "Introducción al Derecho del Trabajo", video de YouTube, a partir de una ponencia presentada a través de Derecho Abierto – Parte 1, 2013, 12:00, <https://youtu.be/XoGsoPtWEeM>.

La actuación conjunta, es un poder colectivo que expresa a través de los sindicatos los intereses de los trabajadores, para equilibrar el poder económico del trabajador a partir de la huelga y negociaciones con los empleadores. El equilibrio tiene como fin la redistribución del poder laboral, entre el empleador y el sindicato.

Ahora bien, la principal fuente formal de esta materia, es la Constitución; sin embargo, la ley, convenio colectivo y contrato individual son las fuentes operativas de entendimiento del derecho del trabajo. La ley laboral contiene normas imperativas relativas (se puede cambiar solo para mejorar la condición del trabajador), porque limita la autonomía de la voluntad laboral a favor del trabajador; por otra parte, los valores superiores se expresan en concepto de orden público laboral expresadas en normas imperativas, a favor de mejores condiciones de trabajo. Un convenio colectivo, es una norma imperativa.

Finalmente, no hay que olvidar los movimientos de trabajadores de 1829 en New York; a los 200.000 trabajadores que el 1 de mayo de 1886 se levantaron en huelga y la *revuelta de Haymarket* en Chicago; la manifestación en la puerta del sol en Madrid el 1 de mayo de 1909; la del 1 de mayo de 1950 en Berlín, en otros, y que influyeron en la reducción de la jornada laboral. Algo que no se puede invisibilizar es la lucha de las mujeres para el reconocimiento de sus

derechos, entre ellos, el del trabajo y condiciones justas sin discriminación por razones de sexo.

El nacimiento del Estado social de derecho, como contrapropuesta al Estado liberal, marcó un escenario próspero para el trabajador, por cuanto, “la legislación laboral se convierte en un instrumento privilegiado para distribuir bienestar social”<sup>7</sup>; consecuentemente, existe el reconocimiento de derechos y garantías a los trabajadores a partir de la *norma normarum*, como límite a la explotación y discriminación laboral.

En este escenario, la Constitución de Querétaro 1917<sup>8</sup> se erige como la primera de tipo social, por cuanto no sólo se refiere al contrato individual y colectivo, sino además, a las condiciones de justa retribución, libre consentimiento para contratar, tiempo establecido (máximo 8 horas), protección especial a las mujeres embarazadas, salario mínimo, por citar.

Más adelante, la Constitución del Estado soviético de 1918, Constitución de Weimar de 1919, en el continente america-

no la Constitución Política de la República de Chile de 1925, en las Constituciones de Perú (1933), Uruguay (1934), Colombia y Venezuela (1936), Bolivia (1938), Nicaragua y El Salvador (1939), Cuba (1940), Guatemala y Ecuador (1946) y Argentina (1949)<sup>9</sup>.

Pero la influencia de las constituciones de Querétaro y Weimar, no sólo fue hacia los Estados, por cuanto luego de concluida la primera guerra mundial, se firmó el Tratado de paz en 1919; en este sentido, varios autores como Alberto Trueba Urbina y César Arese, afirman que la constitución mexicana “se reflejó en el Tratado de Versalles”<sup>10</sup>, a partir del cual, se crea la Organización Internacional de Trabajo (OIT)<sup>11</sup>.

Este organismo internacional cuenta con una Constitución, la cual ha sido reformada en siete ocasiones por instrumentos de enmienda<sup>12</sup>, una Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización del Trabajo<sup>13</sup>, así como otras relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, y sobre la justicia social para una globalización equitativa. Además, a decir del Consejo de Administración de la OIT, existen ocho convenios

7 Jacqueline Richter, “El trabajo en el Derecho del Trabajo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.o 16 (2013): 179-215, <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640271007.pdf>.

8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 05 de febrero de 1917.

9 César Arese, “Los derechos humanos laborales en las constituciones latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.o 25 (2017): 183-202, <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n25/1870-4670-rlds-25-00183.pdf>.

10 *Ibid.*, 187.

11 “Historia de la OIT”, Organización Internacional del Trabajo [OIT]., acceso el 26 de marzo de 2021, párr. 1-2, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

12 La Constitución de la OIT se aprobó en 1919 y se reformó en 1922 (entró en vigencia en 1934), 1945 (entró en vigencia en 1946), 1946 (entró en vigencia en 1948), 1953 (entró en vigencia en 1954), 1962 (entró en vigencia en 1963), 1972 (entró en vigencia en 1974) y 1997 (entró en vigencia en 2015).

13 Conocida también como Declaración de Philadelphia (Filadelfia).

fundamentales<sup>14</sup> y cuatro convenios de gobernanza<sup>15</sup>, razón por la cual, insta a los Estados miembros, su ratificación.

La influencia de los estándares internacionales en el ordenamiento interno de los países, es muy importante, por cuanto se ha logrado (de cierta forma) el reconocimiento de derechos y la generación de garantías constitucionales, que permitan un desarrollo social y económico de los trabajadores; buscando eliminar, cualquier forma de regresividad o precarización laboral. En este sentido, la constitucionalización del derecho internacional da muestra de la apertura de los Estados en materia de derechos humanos.

No obstante, aunque exista todo este andamiaje jurídico, es imposible evitar el desempleo en los Estados; esto debido al confrontamiento constante entre los principios de eficiencia económica y la justicia social. Sumado a esto, la constante separación legal o ilegal, de los trabajadores de sus puestos de trabajo por parte de los empleadores, evidencia lo débil que es el sistema. Es por ello, que la estabilidad laboral se reconoce como una garantía de tipo

constitucional desarrollada en la ley, con sus excepciones.

De acuerdo con Ignasi Beltran de Heredia Ruiz “La estabilidad en el empleo es una derivación del principio de derecho común de conservación del negocio jurídico que opera en el Derecho del Trabajo para atender a los diversos riesgos que sobrevenidamente pueden afectar a la continuidad del contrato de trabajo a lo largo de la duración pactada”<sup>16</sup>. En efecto, la estabilidad laboral, es una garantía que poseen, en general, los trabajadores para la permanencia en sus lugares de trabajo, con la cual se evita la desvinculación injustificada. Por otra parte, es el vínculo con otros derechos, por cuanto el trabajo “es base de realización personal y base de la economía”<sup>17</sup>; consecuentemente, es un bien jurídico constitucionalmente protegido.

Sin embargo, la estabilidad puede ser descrita en dos dimensiones a saber, temporal y seguridad; lo cual implica la estabilidad en el tiempo convenido y la seguridad en el puesto de trabajo expuesto en el contrato; a partir de lo cual, no se pueda

14 Son considerados convenios fundamentales: Co87 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Co98 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Co29 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); C105 - Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

15 Son considerados convenios o instrumentos de gobernanza: Co81 - Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81); C122 - Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); C129 - Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129); C144 - Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

16 Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, “La estabilidad en el empleo: La prevención frente a la contingencia del paro - Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del Derecho” (Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, Barcelona-España, 2008), 1, [https://tdx.cat/bitstream/handle/10803/9207/La\\_estabilidad\\_en\\_el\\_empleo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tdx.cat/bitstream/handle/10803/9207/La_estabilidad_en_el_empleo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

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

alterar lo acordado inicialmente, salvo por la aplicación del principio pro operario. La protección al trabajador es algo que la norma laboral debe prever; sin embargo, lo impredecible del comportamiento de la sociedad, es algo que puede generar anomalías o lagunas, que el legislador positivo o negativo, en el ámbito de sus competencias, debe dar solución.

### Estabilidad laboral reforzada en Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho al trabajo<sup>18</sup>, sus formas<sup>19</sup>, principios<sup>20</sup> y garantías como la estabilidad<sup>21</sup>. Por otra parte, en el Código del Trabajo<sup>22</sup>, Ley Orgánica de Discapacidades<sup>23</sup>, Ley Orgánica de Servicio Público<sup>24</sup>, entre otros cuerpos normativos, también se reconoce y desarrolla el derecho al trabajo y la estabilidad laboral a favor de todo trabajador que cuente con un contrato de trabajo, el cual a su vez reúna ciertas características. Además, se garantiza una especial protección a ciertas personas que son consideradas de atención prioritaria; sin embargo, en la realidad, empleadores del sector público o privado, inobservan esta garantía generando que en ciertos casos sea un enunciado con buenas intenciones, debido a la falta de conocimiento, recursos o tiempo para poder enfrentarse al poder

que ostenta el empleador. Sin embargo, nada se dice de las personas con enfermedades catastróficas, por ejemplo.

Es aquí, en donde interviene la Corte Constitucional. Como quedó claro *ut supra*, normativamente no se reconoce la estabilidad laboral reforzada, sin embargo, la CCE es la encargada de incluirla en el ordenamiento jurídico a través de su desarrollo jurisprudencial. En este contexto, se reconoce esta garantía para brindar protección a personas en estado de vulnerabilidad, limitando la potestad facultativa otorgada al empleador para desvincular a su personal cuando concurren *categorías sospechosas* que trascienden a escenarios, *inter alia*, de discriminación laboral.

Para la CCE en la sentencia 080-13-SEP-CC, las categorías sospechosas son:

Aquellas utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> CRE: arts. 325, 333.

<sup>20</sup> CRE: art. 326.

<sup>21</sup> CRE: arts. 229, 332 y 349.

<sup>22</sup> Código del Trabajo. Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005, art. 14, 17, 172.6.

<sup>23</sup> Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial 796, Suplemento, 25 de septiembre de 2012, art. 51.

<sup>24</sup> Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial 294, Suplemento, 06 de octubre de 2010, arts. 23, 38, 81, 82, 84, 89 a).

<sup>25</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP*, 09 de octubre de 2014, párr.15-6.

Es decir, son manifestaciones que no reflejan la necesidad de un trato diferente, por cuanto no se puede justificar objetiva y razonablemente<sup>26</sup>; considerando que “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”<sup>27</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada tiene su origen en la sentencia 080-13-SEP-CC, la cual trató dos temas: las *categorías sospechosas* y la *estabilidad laboral reforzada*. Respecto a este último, la Corte Constitucional, señaló:

El objetivo de la estabilidad laboral reforzada es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso<sup>28</sup>.

Es decir, que el empleador no puede justificar la desvinculación en función del rendimiento o de los padecimientos del

trabajador, por cuanto, esto deviene en un trato discriminatorio; consecuentemente, se debe reubicar al trabajador evitando y protegiéndolo de actos de discriminación que socialmente se pueden dar en sus relaciones de trabajo<sup>29</sup>.

Más adelante, la CCE, en sentencia 258-15-SEP-CC establece una interpretación respecto de las causales para dar por terminados los contratos ocasionales entre personas con discapacidad y el sector público; sin embargo, deberán reubicarlas “en otro puesto similar o de equivalente rango y función, acorde siempre a la circunstancia especial de la persona con discapacidad”<sup>30</sup>, sin que esto signifique que se encuentran exentas de cumplir con los deberes y responsabilidades de los servidores públicos; por cuanto, de no cumplir, pueden ser sancionadas.

Del mismo modo, la sentencia 381-17-SEP-CC refleja la especial protección que tienen las personas con discapacidad, y que cuentan con un familiar<sup>31</sup> en condiciones similares debidamente certificada. En este sentido, podemos insinuar que la

26 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia Fondo, Reparaciones y Costas del 29 de Mayo del 2014, en el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, señaló: “200. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo del 2014. Serie No.279.

28 CCE. *Sentencia 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP*, 09 de octubre de 2014, párr. 24-5.

29 En esta sentencia, la Corte Constitucional del Ecuador, sigue la línea generada por su homónimo colombiano, el cual mediante sentencia de tutela T-238/2008, estableció el objetivo de la estabilidad laboral reforzada.

30 CCE. *Sentencia 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP*, 12 de agosto de 2015, párr. 28.

31 La Corte Constitucional, como garantía de no repetición, *inter alia*, dispuso: “... los derechos de los docentes que tienen un familiar con discapacidad severa o enfermedad catastrófica dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, debidamente certificadas y avalizadas.”

CCE reconoce la estabilidad laboral reforzada en la dimensión de seguridad, por cuanto la modificación se da en función de un trato preferencial, porque “tienen bajo su cuidado y responsabilidad a familiares con discapacidad severa o enfermedades catastróficas debidamente certificadas”<sup>32</sup>.

A propósito de la estabilidad laboral reforzada a personas con enfermedades catastróficas contraídas por la actividad laboral, la CCE mediante sentencia 375-17-SEP-CCE señaló:

De lo anotado se evidencia que el derecho a la salud es un derecho que se articula sistemáticamente con otros derechos constitucionales, entre los que se destaca el derecho al trabajo, puesto que dentro del desarrollo de las diversas actividades laborales, se debe asegurar que las mismas no vayan en detrimento de la salud de las personas, y de su vida, por lo que los trabajadores con afectaciones de tipo profesional merecen un trato diferenciado en razón de su particular situación, esto es, una enfermedad que tiene causa directa de la actividad laboral, de ahí que se desarrolle conceptos de protección a este grupo de personas, entre ellos el criterio de la llamada estabilidad laboral reforzada<sup>33</sup>.

En este sentido, la persona no puede ser separado de su trabajo cuando por consecuencia de su actividad laboral, con-

trajo una enfermedad catastrófica que lo tiene en un estado de debilidad manifiesta por sus padecimientos. El desvincular a una persona en estas condiciones, provocaría la vulneración de otros derechos conexos al trabajo como la salud, vida digna, por citar.

De igual manera, a través de la sentencia aditiva 172-18-SEP-CC, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, con lo cual se prohibió la compra de renunciaciones obligatorias a personas con discapacidad o de sustitutos<sup>34</sup>, para cesarlos definitivamente en sus funciones, ya sea por supresión de puestos o compra de renunciaciones con indemnización. Este tipo de estabilidad se dirige a personas que adquirieron la discapacidad en su lugar de trabajo, o a causa de enfermedad sobreviniente; y, se activa “cuando en la terminación de la relación de trabajo no media la voluntad del trabajador”<sup>35</sup>.

La actual composición de la Corte Constitucional, continuó desarrollando esta garantía laboral, y en la sentencia 108-14-EP/20 respecto a mujeres embarazadas, parturientas o puérperas, señaló que:

32 CCE. *Sentencia 381-17-SEP-CC, Caso 2547-16-EP*, 22 de noviembre de 2017, párr. 47.

33 CCE. *Sentencia 375-17-SEP-CC, Caso 0526-13-EP*, 22 de noviembre de 2017, párr. 32.

34 Entiéndase por sustitutos, lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades: “Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una (1) persona por persona con discapacidad. Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento. Las y los empleadores no podrán contratar más del cincuenta por ciento (50%) de sustitutos del porcentaje legal establecido. En el caso de sustitución en cooperativas de transporte se regulará de conformidad con el reglamento.”

35 CCE. *Sentencia 172-18-SEP-CC, Caso 2149-13-EP*, 16 de mayo de 2018, párr. 50.

El derecho a la protección prioritaria, especial y reforzada se fundamenta en: (i) la sola condición de mujer embarazada y en período de lactancia que pone a las mujeres en una situación de vulnerabilidad y en algunas circunstancias, incluso, las coloca en una situación de riesgo frente a sus derechos como la salud sexual, la salud reproductiva así como, en general, todos los derechos que conlleven la prestación de salud integral; y, (ii) en la necesidad de corregir la situación estructural de desigualdad y discriminación que enfrentan, en general, las mujeres, y en particular, las mujeres embarazadas y en período de lactancia, en el acceso y ejercicio efectivo de sus derechos tanto en el ámbito público como privado, con fundamento en patrones socioculturales de discriminación, prejuicios, preconceptos y estereotipos<sup>36</sup>.

Consecuentemente, esta garantía requiere del Estado “obligaciones negativas o de abstención como obligaciones positivas y la adopción de medidas reforzadas”<sup>37</sup> para garantizar el respeto a la estabilidad laboral y demás derechos conexos, entre otros salud, vida digna, seguridad social. Además, con esto se garantizan derechos del que está por nacer o nacido vivo.

En la sentencia 3-19-JP/20 se profundizó en la estabilidad laboral reforzada para las mujeres embarazadas, en período de maternidad y en período de lactancia, desarrollo generado a partir de dotar de contenido a varios derechos como el derecho al cuidado<sup>38</sup>. En el mismo orden de ideas, la CCE en la sentencia 689-19-EP-/20,

respecto a las personas sustitutas de personas con discapacidad, que tienen contratos ocasionales, estableció que “la estabilidad laboral reforzada prevista por el legislador y la jurisprudencia constitucional es independiente de la modalidad de contrato y de la circunstancia de reestructuración de la entidad”;<sup>39</sup> consecuentemente, lo que se protege son los derechos de la persona con discapacidad severa a partir de una protección reforzada y especial de quien cuida de él. Además la Corte deja claro que “frente a necesidades institucionales legítimas como las que se materializan en procesos de reestructuración o desaparición de la institución, la desvinculación de una persona sustituta o de una persona con discapacidad debe tener en cuenta su situación en particular”,<sup>40</sup> promoviendo en lo posible, la reubicación.

Finalmente, en la sentencia 1067-17-EP/20 se fortalece aún más la garantía de estabilidad laboral reforzada del sustituto de una persona en situación de doble vulnerabilidad, al establecer como última alternativa su desvinculación, por cuanto “las personas con discapacidad, por su condición, se disminuyen las posibilidades materiales de conseguir un nuevo empleo y de su salario depende el sostenimiento familiar y, como en el caso, el cuidado de un niño con doble vulnerabilidad.”<sup>41</sup>

36 CCE. *Sentencia 108-14-EP/20*, 09 de junio de 2020, párr. 86.

37 *Ibíd.*, párr. 87.

38 CCE. *Sentencia 3-19-JP/20*, 05 de agosto 2020.

39 CCE. *Sentencia 689-19-EP/20*, 22 de julio de 2020, párr. 48.

40 *Ibíd.*

41 CCE. *Sentencia 1067-17-EP/20*, 16 de diciembre de 2020, nota al pie 24.

Tabla 1. Línea jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada en Ecuador.

BENEFICIARIOS	RESTITUCIÓN A SU LUGAR DE TRABAJO	SENTENCIA
Personas con enfermedades catastróficas	SI	Sentencia 080-13-SEP-CC
Personas con discapacidad	SI	Sentencia 258-15-SEP-CC
Persona con discapacidad y sustituta	No aplica / Adecuación de horario	Sentencia 381-17-SEP-CC
Personas con enfermedades catastróficas/profesionales	SI	Sentencia 375-17-SEP-CC
Personas sustitutas	SI	Sentencia 172-18-SEP-CC
Mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o maternidad	No aplica / Reparación económica	Sentencia 108-14-EP/20; 3-19-JP/20
Personas sustitutas con contratos ocasionales	No aplica / Reparación económica	Sentencia 689-19-EP/20
Persona sustituta	No aplica / Reparación económica	Sentencia 1067-17-EP/20

Fuente: Corte Constitucional del Ecuador / Elaboración: Camilo Pinos Jaén.

En efecto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte deja claro que las personas beneficiarias de una protección especial y reforzada en el Ecuador, son aquellas que poseen discapacidad, los sustitutos, mujeres embarazadas, parturientas o puérperas y quienes posean una enfermedad catastrófica. Sin embargo, esta garantía debe extenderse a otros sujetos como en el caso colombiano y boliviano.

Es preciso señalar que, la Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha sido enfática en establecer que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, no es la vía idónea o adecuada para solicitar el reintegro del trabajador, por cuanto existen vías ordinarias como la laboral y la contenciosa administrativa. Sin embargo, toda regla tiene su excepción la cual gira en torno de la debilidad manifiesta del sujeto constitucionalmente protegido<sup>42</sup>.

42 A decir de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia SU-263/15 de 07 de mayo de 2015, son: personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.

43 Corte Constitucional Colombiana [CCC]. Sentencia T-320/16, 21 de junio de 2016.

44 CCC., Sentencia T-340/17, 19 de mayo de 2017.

45 CCC, Sentencia T-076/17, 07 de febrero de 2017.

Con base en lo expuesto *ut supra*, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-320/16, señaló que la estabilidad laboral reforzada consiste en:

- (i) El derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo; y (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz<sup>43</sup>.

Es decir, la CCC presta una especial protección a las mujeres en estado de embarazo o lactantes<sup>44</sup>, los trabajadores discapacitados y los que padecen alguna limitación en su estado de salud<sup>45</sup>; así como también “se ha hecho extensiva la connotación del prepensionado y por con-

siguiente la estabilidad laboral reforzada a todas las personas con contrato de trabajo próximas a reunir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez o jubilación”<sup>46</sup>. Recientemente, en la sentencia T-020/21 se observa como esta garantía se ha intensificado en el desarrollo jurisprudencial<sup>47</sup>, por cuanto, se ha incluido por su condición de vulnerabilidad a los aforados sindicales y, a madres y padres cabeza de familia<sup>48</sup>, como sujetos de esta reforzada protección.

De modo similar, el *Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia* desarrolló esta garantía y ha dejado claro que, “en estos casos procede la tutela directa, prescindiendo de la subsidiariedad de la acción de amparo constitucional y, por lo tanto, no corresponde analizar el cumplimiento del procedimiento administrativo de reincor-

poración ante la Jefatura Departamental procedimiento administrativo de reincorporación ante la Jefatura Departamental de Trabajo”, consecuentemente, para quienes requieran una especial protección, no es residual aunque su naturaleza sea subsidiaria.<sup>49</sup>

En este sentido, la estabilidad laboral reforzada protege a los padres hasta que la hija o hijo cumpla un año de edad<sup>50</sup>, la mujer durante el embarazo y el periodo de de lactancia<sup>51</sup>, los derechos a no ser discriminados en el ámbito laboral de las personas con discapacidad, de quienes tengan a personas con capacidades diferentes, así como, a quienes posean enfermedades terminales y todos ellos, independientemente si son *trabajadores provisorios o funcionarios públicos interinos*<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> *Ibid.* Véase, además, la línea jurisprudencial descrita en la nota final 8: T-686/12, T-824/14, T-693/15.

<sup>47</sup> *Vid.* Véase la nota final 111, en la cual se describe la línea de la Corte a través de las sentencias SU-049/17; T-118/19; y T-386/20

<sup>48</sup> CCC. *Sentencia T-020/21*, 27 de enero de 2021.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia [TCPB]. *Sentencia SCP 0735/2013*, 06 de junio de 2013.

<sup>50</sup> *Ibid.*, véase en: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/17889>.

<sup>51</sup> TCPB. *Sentencia 0167/2019-S2*, 24 de abril de 2019.

<sup>52</sup> TCPB. *Sentencia 0616/2018-S2*, 08 de octubre de 2018.

**Tabla 2. Cuadro comparativo de la estabilidad laboral reforzada por país.**

Beneficiarios	Bolivia	Colombia	Ecuador
Enfermedades catastróficas	X	X	X
Discapacidad	X	X	X
Sustituto	-	-	X
Embarazo	X	X	X
Lactancia	X	X	X
Madre y padre cabeza de familia	-	X	-
Sindicalistas	-	X	-
Prepensionado	-	X	-
Padres (1 año después del nacimiento)	X	-	-
Adultos mayores	-	-	-

Fuente: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Corte Constitucional de Colombia y Corte Constitucional del Ecuador.

Elaboración: Camilo Pinos Jaén.

## Conclusiones

El Derecho del Trabajo es una rama del derecho que tiene por objeto regular las normas de conducta y de organización, entre empleadores y trabajadores, con el objeto de limitar el poder del primero, por los riesgos que representa. En tal virtud, la estabilidad laboral en su doble dimensión, se presenta como una garantía efectiva.

Sin embargo, pese a la existencia de disposiciones jurídicas y normas que reconocen y desarrollan la estabilidad laboral, no ha sido eficaz; por cuanto, existen prácticas discriminatorias, en contra de personas que encuentran en la Constitución, una protección especial y reforzada.

De ahí el concepto de estabilidad laboral reforzada, la cual ha sido desarrollada en Ecuador, Colombia y Bolivia por sus máximos órganos de justicia constitucional a través de la jurisprudencia, generando a su vez, precedentes a ser observados por la sociedad en general. Pero esta idea de reforzar la estabilidad laboral de personas o grupos de personas que históricamente han sido discriminados, necesita un tratamiento especial por parte del legislador positivo.

Finalmente, el objeto de la estabilidad laboral reforzada, está bien concebido; sin embargo, los sujetos de protección no todos son los mismos en los países *ut*

*supra*, aunque se concuerde con las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, personas con discapacidad y con enfermedades catastróficas; es necesario, que en el Ecuador se proteja también a sindicalistas, madres y padres cabeza de familia, adultos mayores y personas próximas a jubilarse; además, es indispensable ampliar la estabilidad laboral reforzada para grupos de personas que se encuentran en situación de riesgo como aquellas que tienen una condición de alcoholismo y drogodependencia.

## Bibliografía

### Doctrina

Arese, César. “Los derechos humanos laborales en las constituciones latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.o 25 (2017): 183-202. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n25/1870-4670-rlds-25-00183.pdf>.

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. “La estabilidad en el empleo: La prevención frente a la contingencia del paro - Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del Derecho”. Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, Barcelona (España), 2008. [https://tdx.cat/bitstream/handle/10803/9207/La\\_estabilidad\\_en\\_el\\_empleo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tdx.cat/bitstream/handle/10803/9207/La_estabilidad_en_el_empleo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Goldin, Adrian. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Video de YouTube, a partir

de una ponencia presentada en Derecho Abierto – Parte 1, 2013, 12:00, <https://youtu.be/XoGsoPtWEeM>. Organización Internacional del Trabajo.

“Historia de la OIT”. Acceso el 26 de marzo de 2021. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>.

Richter, Jacqueline. “El trabajo en el Derecho del Trabajo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 16 (2013): 179-215, <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640271007.pdf>.

### Normativa

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

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

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

Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial 294, Suplemento, 06 de octubre de 2010.

Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial 796, Suplemento, 25 de septiembre de 2012.

## Jurisprudencia

Colombia Corte Constitucional. Sentencia T-320/16. 21 de junio de 2016.

- Sentencia T-340/17. 19 de mayo de 2017.
- Sentencia T-076/17. 07 de febrero de 2017.
- Sentencia T-020/21. 27 de enero de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP. 09 de octubre de 2014.

- Sentencia 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP. 12 de agosto de 2015.
- Sentencia 375-17-SEP-CC, Caso 0526-13-EP. 22 de noviembre de 2017.
- Sentencia 381-17-SEP-CC, Caso 2547-16-EP. 22 de noviembre de 2017.
- Sentencia 172-18-SEP-CC, Caso 2149-13-EP. 16 de mayo de 2018.
- Sentencia 108-14-EP/20, 09 de junio de 2020.
- Sentencia 3-19-JP/20. 05 de agosto 2020.
- Sentencia 689-19-EP/20. 22 de julio de 2020.
- Sentencia 1067-17-EP/20. 16 de diciembre de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo del 2014. Serie No.279. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia SCP 0735/2013*. 06 de junio de 2013.

- *Sentencia 0616/2018-S2*. 08 de octubre de 2018.
- *Sentencia 0167/2019-S2*. 24 de abril de 2019.

# INVESTIGACIÓN

## Hábeas corpus y protección de derechos de personas privadas de libertad en un contexto de vulneración estructural en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social

Byron Villagómez Moncayo<sup>1</sup>, Gandhi Vela Vargas<sup>2</sup>,  
Rubén Calle Idrovo<sup>3</sup> y Valeria Garrido Salas<sup>4</sup>

Cómo citar: Moncayo Villagómez, Byron, Vela Vargas, Gandhi,  
Calle Idrovo, Rubén y Garrido Salas, Valeria (2022).

Hábeas corpus y protección de derechos de personas privadas de libertad en un contexto de vulneración estructural en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social. IUS Constitutionale, 3, 67-86.  
[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

### Resumen

En este artículo se presenta un análisis sobre la jurisprudencia vinculante que desarrolló la Corte Constitucional respecto al alcance de la garantía jurisdiccional del hábeas corpus, que incluye la protección del derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad. En el texto se examina el contexto del Sistema Nacional de Rehabilitación Social del Ecuador y los desafíos que éste debe superar. Además, se aborda la naturaleza del derecho a la integridad personal como derecho humano para posteriormente explicar el contenido, alcance y los efectos del hábeas corpus como garantía constitucional.

### Palabras clave:

Derecho a la integridad personal, Hábeas Corpus, personas privadas de libertad, Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

<sup>1</sup> 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 (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca. En la actualidad funcionario del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador con el cargo de Especialista Constitucional Académico.

<sup>4</sup> 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 domésti-

## Introducción

El 24 de marzo de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados<sup>5</sup>, fallo de jurisprudencia vinculante que analizó el alcance del hábeas corpus como garantía jurisdiccional para la protección del derecho a la integridad personal frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito carcelario. Por medio de esta decisión, la Corte comprobó que existe una vulneración estructural y sistemática de este derecho dentro del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (en adelante, SNRS) en el Ecuador; motivo por el cual fijó parámetros mínimos que las autoridades del Estado deben acatar en aras de asegurar el respeto a los derechos humanos de personas privadas de su libertad (en adelante, PPL).

La sentencia centró su análisis en la revisión de cuatro casos de la garantía de hábeas corpus. En el primer caso (365-18-JH) la demanda fue interpuesta por la pareja de una PPL que cumplía con prisión preventiva como medida cautelar en el Centro de Rehabilitación Sierra Centro Sur Turi (en adelante, CRS Turi). Se alegó que el afectado había sido víctima de golpes, vejaciones y tortura por parte de guías penitenciarios y miembros de la Policía Nacional

(en adelante, PN) en la celda de aislamiento X1<sup>6</sup>. Las autoridades judiciales aceptaron la acción de hábeas corpus en doble instancia, dispusieron el traslado de la PPL a otro centro de privación de libertad, así como tratamiento físico y psicológico, disculpas públicas por parte del Ministerio de Justicia y autoridades del CRS Turi, y una investigación a cargo de la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo sobre la celda de aislamiento X1 y el cumplimiento de derechos de las PPL, respectivamente<sup>7</sup>.

El segundo caso (278-19-JH) fue presentado por el defensor público de una PPL en contra de los miembros de la PN. Se alegó que la PPL, que estaba cumpliendo una sentencia ejecutoriada, había sido víctima de maltratos y recibió un disparo durante un operativo de la PN en el Centro de Rehabilitación Social de Los Ríos (en adelante, CRS Los Ríos) en 2017<sup>8</sup>. La acción de hábeas corpus fue negada en doble instancia; de hecho, la audiencia se llevó a cabo 12 días después de la presentación de la garantía jurisdiccional y la sentencia se emitió después de dos años. A pesar de aquello, en la segunda instancia se dispuso el traslado de la PPL, con resguardo policial, a una casa asistencial para permanecer por el tiempo de reposo indicado en el informe médico; o, que fuera internado en el centro de salud del CRS Los Ríos para evitar cualquier tipo de responsabilidad del Estado ecuatoriano.

co, 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 y colaboradora en la revista de Derecho Constitucional IUS CONSTITUTIONAL.

<sup>5</sup> La sentencia en comento fue notificada en el mes de marzo de 2021 y recogida en el Boletín Jurisprudencial de abril de este año. Por la trascendencia y profundidad de dicho fallo, el análisis presentado en este artículo ha sido desarrollado a lo largo del mes de abril para ser publicado en el Boletín Jurisprudencial de mayo de 2021.

<sup>6</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados*, 24 de marzo de 2021, párr. 20-22.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 27.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 28-29.

riano. Asimismo, se dispuso que la Fiscalía investigara y sancionara a las personas que provocaron el amotinamiento que ocasionó que la PN ingresara al CRS Los Ríos<sup>9</sup>.

La tercera causa (398-19-JH) fue presentada por una PPL en contra del director del Centro de Rehabilitación No. 1 de Loja (en adelante, CR Loja). El accionante, que cumplía una orden de prisión preventiva, afirmaba en su demanda que había sido llevado a una zona de aislamiento donde fue víctima de agresión sexual por parte de otras PPL, así como de agresión física a cargo de guías penitenciarios<sup>10</sup>. La acción de hábeas corpus fue negada en doble instancia por falta de prueba; aun así, en el fallo de apelación se dispuso el traslado del accionante a un Centro de Detención Provisional para evitar contacto con presuntos agresores, y que la Fiscalía investigara los alegados delitos<sup>11</sup>.

El último caso seleccionado (484-20-JH) fue presentado por la pareja de una PPL que cumplía prisión preventiva en contra del director del CRS Turi, el director general del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores (en adelante, SNAI) y demás autoridades pertinentes. En la demanda se alegaba que la PPL había sido víctima de tortura, tratos crueles y amenazas, incluyendo agresión sexual, dentro del CRS Turi<sup>12</sup>. La acción de hábeas corpus fue negada en doble ins-

tancia con el argumento de que los actos denunciados no llevaban al convencimiento de la configuración de tortura, tratos crueles y degradantes, según la definición de los instrumentos internacionales. Sin embargo, las autoridades judiciales consideraron que la parte accionada tenía que haber puesto en conocimiento del CRS Turi el cometimiento de los hechos para que pudieran tomar las medidas correctivas necesarias<sup>13</sup>.

A través de la revisión de los casos mencionados, la Corte pudo verificar que el SNRS del Ecuador atraviesa una crisis estructural, puesto que las vulneraciones a la integridad personal de las PPL no son aisladas<sup>14</sup>. Por este motivo, con el objetivo de aportar al mejoramiento general del sistema carcelario, la CCE estableció parámetros fundamentados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, que pueden servir como guía para las distintas actuaciones que deben llevar a cabo las instituciones del Estado para hacer frente a la mencionada crisis.

El presente artículo enfocará su análisis en la sentencia de revisión de garantías 365-18-JH/21, decisión que enfoca su argumentación en el alcance del hábeas corpus y la protección del derecho a la integridad personal de las PPL. Para ello, en la primera sección se hará un repaso sobre el contexto actual del sistema carcelario en el Ecuador. Seguidamente, se explicará la natura-

9 *Ibíd.*, párr. 31.

10 *Ibíd.*, párr. 32-33.

11 *Ibíd.*, párr. 37-38.

12 *Ibíd.*, párr. 41-43.

13 *Ibíd.*, párr. 45-46.

14 *Ibíd.*, párr. 273.

leza y alcance del derecho a la integridad personal; para después analizar la garantía jurisdiccional del hábeas corpus en este marco. Por último, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

### **El contexto de la actual situación carcelaria en el Ecuador**

En el segundo apartado de la sentencia en comento, la CCE se refirió de manera explícita al contexto de los centros de privación de libertad del SNRS en el Ecuador. Específicamente, la Corte partió de la siguiente constatación previo a efectuar el análisis constitucional en concreto:

Los hechos de estas causas bajo análisis, tienen lugar en un contexto en el que confluyen diversas problemáticas que aquejan al sistema carcelario del Ecuador. Estas causas impactan de forma directa en los derechos de las personas privadas de libertad, incluyendo el derecho a la integridad personal. El hacinamiento, la profundización de la conflictividad y la violencia que incluso han derivado en muertes al interior de los centros de privación de libertad, la operación de grupos delincuenciales y el debilitamiento del control por parte de las autoridades carcelarias son problemáticas complejas y estructurales que afectan al SNRS<sup>15</sup>.

Con base en estas premisas, la Corte hizo alusión a una serie de informes y cifras que corroboraron la existencia de un contexto altamente problemático y acuciante en el SNRS. Es así como la CCE verificó la grave situación de hacinamiento carcelario a diciembre de 2020, con una población

de PPL de aproximadamente 39.000 personas frente a una capacidad instalada de 29.540 plazas<sup>16</sup>. La Corte indicó que, según datos oficiales, 23 de los 36 CRS existentes en el país presentan exceso de población carcelaria; entre ellos se evidencian casos sumamente críticos como los CRS de las provincias de Guayas, Santo Domingo y Esmeraldas<sup>17</sup>.

En el examen de este contexto, la CCE señaló que existen varias causas que inciden en la desproporcionada sobrepoblación carcelaria en el Ecuador; entre las principales, mencionó el uso excesivo de la prisión preventiva y penas preventivas de la libertad, lo que, en su criterio, se contrapone a lo prescrito por los arts. 77.1 y 77.11 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE)<sup>18</sup>. Según la información que cita la Corte, el 38% de las PPL se encuentra en prisión preventiva, es decir sin sentencia ejecutoriada<sup>19</sup>. Esta circunstancia demuestra un uso excesivo de la prisión preventiva, entendida según la propia CCE como “una de las graves deficiencias estructurales en el sistema de administración de justicia”<sup>20</sup>.

En el voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría se acentuó aún más esta circunstancia. Concretamente, se atribuyó responsabilidad a todos los estamentos del Estado involucrados en esta problemática y se precisó lo siguiente:

15 *Ibid.*, párr. 47.

16 *Ibid.*, párr. 48.

17 *Ibid.*, párr. 49.

18 *Ibid.*, párr. 52 y 53.

19 *Ibidem.*

20 *Ibidem.*

La Función Legislativa tiene gran parte de responsabilidad cuando, por las leyes con motivación política y punitivista, multiplica indiscriminadamente los tipos penales, aumenta desproporcionadamente las penas y restringe la posibilidad de obtener medidas alternativas a la privación de la libertad, haciendo que la cárcel y las penas prolongadas sean la regla general. Por otro lado, cuando crea procedimientos penales que disminuyen las garantías a tal punto que podría considerarse que se dictan sentencias sin juicio (cuando la sola admisión de responsabilidad permite la condena a cambio de penas más reducidas). El legislativo ha diseñado mecanismos que permiten que vaya más gente más rápido a la cárcel... La Función Judicial, en la que entran tanto fiscales como jueces, también tiene responsabilidad cuando, como dice la sentencia, se usa la prisión preventiva como regla y cuando dictan penas severas. También cuando los jueces y juezas que ejercen la función en la ejecución de penas burocratizan los trámites y no permiten los beneficios para la libertad (prelibertad). Finalmente, cuando los jueces y juezas de *hábeas corpus* no resuelven de forma adecuada la garantía jurisdiccional<sup>21</sup>.

Estas constataciones ponen de relieve una de las cuestiones más críticas respecto al hacinamiento carcelario y la primacía de la privación de libertad como mecanismo penal: el uso excesivo de la prisión preventiva. El debate en torno a la legitimidad de esta medida ha sido intenso y ya de larga data, con un diagnóstico bastante claro respecto de la realidad Latinoamericana. Es así como Zaffaroni manifiesta sobre este punto:

La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría... de los presos

se hallan sometidos a medidas de contención, porque son procesados no condenados. Desde el punto de vista formal esto constituye una inversión del sistema penal, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o medida de contención provisoria convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas o sea, que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad. La medida cautelar es pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de verificar si corresponde una pena formal<sup>22</sup>.

El citado profesor argentino sustenta esta conclusión en un análisis empírico de la población carcelaria de los países de América Latina; de tal suerte que se constata criminológicamente un uso exacerbado de la prisión preventiva. En este sentido, Llobet Rodríguez advierte una:

[T]endencia actual en Latinoamérica hacia la dureza del sistema penal y hacia una mayor extensión de la prisión preventiva como un mecanismo que se estima esencial para la garantía de la seguridad ciudadana, convirtiéndose incluso la prisión preventiva en el principal instrumento de prevención general y de prevención especial de la criminalidad<sup>23</sup>.

Aparte de estas connotaciones prácticas, el despliegue desproporcionado de esta medida cautelar también incide en la regularidad del proceso penal y el

21 *Ibíd.* Voto concurrente del juez Ramiro Avila Santamaría, párr. 18 y 19.

22 Eugenio Raúl Zaffaroni, «El enemigo en el derecho penal», en *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos Tomo VI*, coord. por César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez (Brasil: Expressão Gráfica e Editora, 2017), 164.

23 Javier Llobet Rodríguez, «La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano», en *Serie Estudios...*, 213 y 214.

cumplimiento de las garantías del debido proceso; como hace notar el profesor Julio Maier:

La 'expansión hacia atrás' (de la sentencia) de la fuerza pública, sobre todo en forma de privación de libertad, acerca de cuya aplicación anticipada y preventiva parece existir cada vez mayor consenso mediático y ciudadano, genera en el procedimiento penal un cambio fundamental de único método o instrumento para verificar la culpabilidad de una persona como autor de un hecho punible o participe en él, con el fin de autorizar una pena –o una medida de seguridad–, se convierte, cada vez más rápidamente en un mecanismo de verificación –incoado por el propio Estado – acerca de si existe un eventual yerro estatal en la decisión autorizante de una pena 'ya aplicada' y en ejecución<sup>24</sup>.

Sobre esta delicada cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha emitido pronunciamientos claros y explícitos, aquilando la significación de las disposiciones previstas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) sobre esta materia. Concretamente, la Corte IDH ha precisado las características que debe reunir una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a dicho instrumento, a saber:

**a) Es una medida cautelar y no punitiva:** debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a

la pena. **b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes:** Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. **c) Está sujeta a revisión periódica:** La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción... las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria... debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia<sup>25</sup>.

Al respecto, cabe indicar que el Estado ecuatoriano ha sido varias veces condenado por la Corte IDH debido al abuso de la prisión preventiva. Así, por ejemplo, se puede citar el *caso Suárez Rosero*, en el cual el citado organismo interamericano reflexionó de este modo:

<sup>24</sup> Julio B. J. Maier, «La esquizofrenia del derecho penal», en *Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli*, coord. por Iñaki Rivera Beiras et al., (España: Anthropos Editorial, 2006), 310.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 311. Ver también: *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 122.

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos<sup>26</sup>.

En el caso concreto, la Corte IDH consideró que la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia y contravino lo dispuesto en el art. 8.2 de la CADH. A similares conclusiones arribó el referido órgano jurisdiccional en el caso *Chaparro - Lapo*, en el cual además se verificó una falta de debida motivación en la adopción y mantenimiento de la prisión preventiva en contra de las víctimas<sup>27</sup>. Igualmente, en el caso *Tibi*, la Corte IDH responsabilizó al Estado ecuatoriano por el mismo motivo, resaltando el siguiente razonamiento:

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>28</sup>.

En este mismo caso resultan muy ilustrativos los criterios esgrimidos por el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado; concretamente sobre este asunto, afirma lo siguiente:

Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva -que constituiría otra manifestación del carácter “mínimo” del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso-, la realidad ha instalado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena... Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal... debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculcados -es decir, “presuntos inocentes”- que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados (...) La creciente admisión de la preventiva, por una parte, y el empleo excesivo de la prisión punitiva, por la otra, han determinado la sobrepoblación de las prisiones, que es, a su turno, otra fuente de violaciones<sup>29</sup>.

Como se puede apreciar, existe un consenso bastante amplio a nivel normativo, doctrinario y jurisprudencial respecto a la necesidad de reducir la población carcelaria y el uso excesivo de la prisión preventiva. En este sentido, la sentencia 365-18-JH/21 ha enfatizado el carácter excepcional que debe tener esta medida conforme a lo prescrito por la CRE, al señalar lo siguiente:

[L]a prisión preventiva cuenta con una serie de limitaciones para su imposición que forta-

26 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

27 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 179, párr. 119 y 145.

28 Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106.

29 *Ibid.* Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 62 y 76.

leen su carácter de excepcionalidad, mismas que deben ser observadas por todas las y los juzgadores... En esa medida, las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios. No obstante, conforme la información recibida, esta Corte evidencia con preocupación la inobservancia de las normas referidas y un abuso en el uso de la prisión preventiva que inciden en el incremento de la población carcelaria<sup>30</sup>.

En definitiva, la CCE constató la persistencia de un contexto que favorece la vulneración de derechos humanos en el SNRS. Este marco estructural está determinado fundamentalmente por el hacinamiento carcelario que agrava y hace más notorias las carencias en infraestructura, personal y políticas de reinserción social. En este sentido, la sobrepoblación carcelaria es una consecuencia directa del uso excesivo de la prisión preventiva y de la privación de libertad en general.

Por ello, la Corte formuló en la sentencia 365-18-JH/21 una serie de recomendaciones, que consisten esencialmente en la priorización de medidas alternativas; evaluación individualizada de la situación

jurídica de las PPL para aplicar tales medidas; y designación y ubicación de juezas y jueces de garantías penitenciarias en proporción a carga procesal, población carcelaria y demás parámetros técnicos<sup>31</sup>. Aparte de estos lineamientos concretos, la CCE también recomendó fortalecer la coordinación y cooperación interinstitucional y las capacidades de servidoras y servidores públicos del SNRS; así como mejorar la infraestructura y el acceso a servicios básicos de los CRS, asegurando recursos y presupuesto, y respetando las garantías básicas al interior de dichos centros<sup>32</sup>.

### **La integridad personal como derecho humano**

Históricamente, la protección de la libertad personal frente a los abusos del poder ha sobresalido dentro de la lucha por la vigencia de los derechos humanos; inclusive, es considerada la base del movimiento constitucionalista y pilar de las Declaraciones de Derechos<sup>33</sup>. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos se configura con fuerza desde el desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas, a través de la promoción de la internacionalización de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los seres humanos, sin ningún tipo de discriminación<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> CCE. *Sentencia 365-18-JH/21* ..., párr. 54 y 55.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, párr. 249.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, párr. 284 a 298.

<sup>33</sup> Joaquín García Morillo, *El derecho a la libertad personal- Detención, privación y restricción de libertad* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995), 20, citado por Susana Castañeda Otsu, «Protección Internacional de los derechos de las personas privadas de libertad», *Agenda Internacional* 7, n.º 15 (2000): 133, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6302551>.

<sup>34</sup> Castañeda Otsu, «Protección Internacional», 139.

Es en el Derecho Internacional contemporáneo que se aspira a la protección internacional de los derechos humanos mediante la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos que los conforman, pues el Derecho Internacional clásico consideraba al trato de los individuos como competencia exclusiva de los Estados y su soberanía<sup>35</sup>. A pesar de que los derechos humanos han cobrado especial relevancia en el ordenamiento jurídico internacional, es preciso mencionar que únicamente los derechos de su núcleo duro, es decir los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana, son considerados como nociones *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, y su incumplimiento podría derivar en infracción internacional<sup>36</sup>.

En el ámbito latinoamericano, se debe destacar que el derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el art. 5 de la CADH, que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados<sup>37</sup>.

Adicionalmente, las principales referencias a este derecho están contenidas en el art. 5 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos; en los arts. 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en los arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>38</sup> (en adelante, PIDCP); y en el art. 2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En correspondencia, la CRE reconoce el derecho a la integridad personal en el art. 66.3, que incluye lo siguiente:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
- b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (...)<sup>39</sup>.

Tanto en los instrumentos internacionales mencionados como en la CRE, se evidencia que la integridad personal constituye el bien jurídico que buscan proteger estas disposiciones por medio de la prohibición de la violencia, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, resaltan la universalidad, intangibilidad e inherencia de dicho derecho fundamental a los seres humanos en atención a su existencia y naturaleza; motivo

<sup>35</sup> Carlos Zelada, «Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos», *Agenda Internacional* 8, n.º 17 (2002): 129-156, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8239/8545>.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984; art. 5.

<sup>38</sup> Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

<sup>39</sup> Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008; art. 436.9.

por el cual se hace mención expresa de la necesidad de proteger este derecho a las PPL pues, pese a su situación, nunca dejan de ser sujetos de derecho.

Dejando un momento de lado el caso de la prisión preventiva, la privación de libertad de una persona implica una relación Estado-detenido, donde el Estado asume obligaciones que constituyen derechos para el detenido, mientras la PPL cumple su condena de rehabilitación social para reincorporarse a la sociedad<sup>40</sup>. De manera que, las condiciones en las que una PPL cumple su condena deben ser óptimas para que su readaptación social sea exitosa; lo que deriva en una obligación del Estado pues, independientemente de su nivel de desarrollo, debe cubrir los requerimientos básicos de los CRS<sup>41</sup>. Dicho de otro modo, el derecho a la integridad personal se encuentra estrechamente vinculado a la protección de la dignidad humana, ya que para que una persona se desarrolle en plenitud, requiere de condiciones que le permitan mantener su integridad física, psicológica y moral<sup>42</sup>.

En este punto, es necesario explicar las implicaciones de cada elemento que conforma la integridad personal, conforme a lo señalado por la doctrina especia-

lizada<sup>43</sup>. La integridad física alude a la preservación de órganos, partes y tejidos del cuerpo humano; es decir, la plenitud corporal. En cambio, la integridad psicológica implica la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales de la persona. Finalmente, la integridad moral consiste en el libre desarrollo de la personalidad y convicciones personales. Por consiguiente, todo acto o actividad que impida conservar la estabilidad física, psíquica o moral de las PPL puede ser un tipo de tortura, trato cruel o inhumano que desencadena en una vulneración a su derecho humano a la integridad personal<sup>44</sup>.

Por otro lado, cabe resaltar que son varios los fallos en los que la Corte IDH ha reafirmado el criterio de que las PPL, al estar sujetas a la jurisdicción del Estado, están bajo su responsabilidad. Por citar algunos ejemplos, el referido organismo ha mencionado que:

(...) se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna<sup>45</sup>.

40 Castañeda Otsu, «Protección Internacional», 153.

41 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Caso Albert Womah Mukong Vs. Camerún*, Dictamen de 21 de julio de 1994. Comunicación No. 458, párr. 9.3.

42 Omar Huertas Díaz, «La integridad personal y su protección efectiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Wilson Gutiérrez Soler contra Colombia», *Meritum* 2, n.º 2 (2007): 57, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4047374>.

43 Cfr. Javier Alfonso Galindo, «Contenido del derecho a la integridad personal», *Revista Derecho del Estado* 23 (2009): 89-129, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/469/448>.

44 Comisión Andina de Juristas, *La protección de los derechos humanos: definiciones operativas* (Lima: s. p. e., 1997), 76, citada por Galindo, «Contenido del derecho», 117.

45 Corte IDH. Caso *“Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152.

De la misma forma, la Corte IDH ha recalcado que “*en su obligación internacional de garantizar a toda persona el pleno ejercicio de los derechos humanos, el Estado debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas*”<sup>46</sup>.

En suma, la integridad personal es un derecho humano universal e inherente a la dignidad del ser humano, y forma parte del núcleo inderogable de derechos conforme a la CADH<sup>47</sup>. Esta es la razón por la que los Estados son responsables de velar por la protección del mismo, especialmente en el caso de las PPL puesto que, por su especial condición, son de su exclusiva jurisdicción.

### **El hábeas corpus como garantía para tutelar la integridad de las PPL:**

El hábeas corpus en su actual concepción trasciende aspectos que históricamente se circunscribían únicamente a la libertad humana. La ampliación del objeto de esta garantía hacia la protección de la vida, salud e integridad de las PPL es una cuestión que, en escenarios constitucionales anteriores al actual, era difícil de prever: pasó de ser un mecanismo para proteger exclusivamente la libertad ambulatoria, a una acción jurisdiccional de defensa integral de derechos constitucionales vincula-

dos también a la integridad personal. García Morelos al respecto manifiesta:

El procesalismo constitucional latinoamericano ha realizado importantes aportaciones al *habeas corpus*, ampliando su radio de tutela hacia la salvaguarda de otras prerrogativas conexas a la libertad personal: la vida, la integridad física o cualquier otra medida que agrave ilegítimamente la privación de la libertad. Considero, sin afán sentimental por habitar en esta zona común de nuestra América, que se ha superado su rol clásico, pudiendo mencionar un *habeas corpus* latinoamericano superior al inglés (...) <sup>48</sup>.

Como antecedente a nivel internacional, cabe citar lo expuesto, en su orden, por la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH):

En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>49</sup>.

El recurso de *habeas corpus* es la garantía tradicional que, en calidad de acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de juicio. Generalmente, el *habeas corpus* extiende su tutela a favor de personas que ya están privadas de libertad en condiciones ilegales o arbitrarias, justamente para hacer cesar las restricciones que han agravado su privación de libertad. La efectivi-

<sup>46</sup> Corte IDH. *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil*. Resolución de medidas provisionales. 7 de julio de 2004, Considerando 13.

<sup>47</sup> CADH: art. 27.2.

<sup>48</sup> Gumesindo García Morelos, *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado* (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019), 510, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32366?show=full>.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH). Serie A No. 8, párr. 35.

dad de la tutela que se busca ejercer con este recurso depende, en gran medida, de que su trámite sea sumario, a efecto de que, por su celeridad, se transforme en una vía idónea y apta para llegar a una decisión efectiva del asunto en el menor tiempo posible<sup>50</sup>.

En consecuencia, relacionado al objeto de protección y su actual evolución, el hábeas corpus protege básicamente los derechos fundamentales a la libertad individual, vida e integridad personal. Este último aspecto vinculado con lo determinado en el art. 66.3 de la CRE<sup>51</sup>, que incluye las dimensiones física, psíquica, moral y sexual; el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; prohibición de tortura, desaparición forzada, tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes; entre otras. Derechos todos ellos que, en el caso de las PPL, al constituir un grupo de atención prioritaria, demandan de mayor intervención por parte Estado, siendo tutelables a nivel constitucional mediante la garantía jurisdiccional del hábeas corpus.

La actual CCE en la sentencia 209-15-JH/19 y acumulados, generó jurisprudencia constitucional vinculante a favor de personas en doble situación de vulnerabilidad (PPL y padecer de enfermedades catastróficas). Es decir, en su momento la Corte desarrolló el concepto de acceso al derecho fundamental a la salud del que son titulares las PPL y dispuso como regla que los CRS cuenten con centros de atención médica; previendo que en caso de no existir éstos, corresponde acceder a servicios

de salud por fuera del establecimiento. De forma excepcional, en caso de no existir en el sistema de salud pública los tratamientos médicos adecuados, las juezas y jueces constitucionales que conocen una acción de hábeas corpus pueden ordenar medidas alternativas a la privación de la libertad con la finalidad de que las PPL puedan acceder a los servicios de salud<sup>52</sup>.

La CCE determinó en la sentencia 365-18-JH/21 que el hábeas corpus constituye la garantía constitucional jurisdiccional idónea encaminada a la protección directa, inmediata, y eficaz del derecho a la integridad personal, especialmente de las PPL<sup>53</sup>. Al no ser el hábeas corpus de carácter residual, se posibilita su interposición sin necesidad de agotar previamente mecanismos administrativos o legales; por ende, puede ser planteado directa e inmediatamente a fin de corregir situaciones que pongan riesgo la integridad personal y demás derechos relacionados de una PPL.

El efecto específico que pretende el denominado *hábeas corpus correctivo o reparador* es corregir situaciones lesivas a los derechos referidos, que se hayan producido en contra de las PPL. Por lo tanto, puede ser presentado durante un proceso penal, sin necesidad de que se cuente con una condena ejecutoriada como es el caso de la prisión preventiva; o después de un proceso penal, cuando ya se haya emitido una sentencia ejecutoriada, esto es en la fase de ejecución de la pena privativa de li-

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. *Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores Detenidos Honduras*, 10 de marzo de 1999, párr. 61.

<sup>51</sup> CRE: art. 66.3.

<sup>52</sup> CCE. *Sentencia 209-15-JH/19 y acumulado*, 12 de noviembre de 2019, párr. 54, ii, iii y iv.

<sup>53</sup> CCE. *Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados...*, párr. 173.

bertad<sup>54</sup>. En este punto, es pertinente citar lo señalado por el autor Torres Manrique, quien conceptualiza a esta tipología de hábeas corpus en los siguientes términos:

Hábeas corpus correctivo. Es usado cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto de las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena<sup>55</sup>.

El análisis que hizo la CCE en la sentencia 365-18-JH/21 se centró en cuatro aspectos, a saber: a) la inmediatez y celeridad en la tramitación del hábeas corpus; b) la valoración de los hechos por parte de las autoridades judiciales en las acciones de hábeas corpus; c) la identificación de las vulneraciones a la integridad personal; y, d) competencia, resolución y adopción de medidas de protección de la acción de hábeas corpus<sup>56</sup>.

En cuanto a la inmediatez y celeridad, la CCE enfatizó en la rapidez con la cual debe actuar una jueza o juez constitucional al momento de conocer y despachar un hábeas corpus, acción constitucional que tiene diferencias con las reglas generales para las demás garantías jurisdiccionales de conocimiento de los órganos de la Función Judicial. Así, se tiene que, por regla general, la demanda contentiva de garantías jurisdiccionales es calificada dentro de

las siguientes 24 horas desde su presentación, y su respectiva audiencia puede celebrarse hasta en un tiempo máximo de tres días luego de su calificación. Esto no sucede con la acción de hábeas corpus, que exige que dentro de las 24 horas desde su presentación se realice la correspondiente audiencia y se dicte la respectiva sentencia, misma que debe ser notificada por escrito a las partes dentro de las siguientes 24 horas, una vez finalizada la audiencia (art. 44, núm. 2 y 3 de la LOGJCC). Esto sin perjuicio inclusive de disponer medidas cautelares previo a la misma audiencia, cuando el caso lo amerite<sup>57</sup>.

Asimismo, la Corte recordó la prohibición de dilaciones e inobservancia de los términos de resolución de la acción de hábeas corpus; así como la importancia del cumplimiento del principio de inmediación (art. 75 de la CRE) con la presencia de la víctima ante las y los juzgadores. Este principio adquiere mayor relevancia si se tiene en mente la regla del art. 45.2.a) de la LOGJCC, en cuanto a la presunción de derecho por la no presentación en la audiencia de la persona beneficiaria del hábeas corpus, con la consecuente declaración de privación arbitraria o ilegítima y la orden de inmediata libertad, junto con las reparaciones integrales a las que hubiere lugar.

En uno de los casos resueltos mediante la sentencia 365-18-JH/21, la CCE pre-

<sup>54</sup> En los casos en los cuales puede esta modalidad de hábeas corpus ser accionada por fuera de un proceso penal, podemos citar por ejemplo los denominados apremios personales por alimentos.

<sup>55</sup> Jorge Isaac Torres Manrique, «Detención en flagrancia y su cuestionamiento, vía el proceso de habeas corpus», *Revista Derecho y Cambio Social* 41 (2015): 4.

<sup>56</sup> CCE. *Sentencia 365-18-JH/21* y acumulados..., párr. 174 -272.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 176. Además, se debe tener en cuenta que conforme a la regla del art. 45.4 de la LOGJCC, la jueza o juez puede adoptar válidamente y de oficio todas las medidas que considere necesario para garantizar la libertad y la integridad de la persona privada de libertad.

cisó que, si la jueza de primera instancia se consideraba incompetente para resolver el caso, debía así declararlo motivadamente en su primer auto, pero con la obligación de enviar el proceso inmediatamente a la jueza o juez que estimaba era el competente. La operadora de justicia no debía haber dispuesto el archivo del expediente, como fue el caso, ya que ésta sola actuación limitó el derecho de accionar y provocó indefensión<sup>58</sup>. La regla a cual acudió la CCE para llegar a esta solución radica en la denominada formalidad condicionada, que exige a las juezas y jueces adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines constitucionales<sup>59</sup>.

En cuanto al punto de la valoración de los hechos por parte de los operadores de justicia, la CCE indicó que se debe considerar la presunción de responsabilidad del Estado por acción u omisión y la inversión de la carga de la prueba, en especial cuando se alega tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. En razón de la desigualdad de armas entre la persona privada de la libertad y las autoridades estatales, la aplicación de la regla del art. 16.4 de la LOGJCC deberá ser considerada por la juez o juez al momento de analizar y valorar los hechos acreditados en el proceso<sup>60</sup>.

En el caso concreto de agresiones sexuales a las PPL, la Corte hizo alusión a criterios de la Corte IDH, como los siguientes: la falta de evidencia médica no dis-

minuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima; las imprecisiones en las declaraciones por agresiones sexuales pueden corresponder a un momento traumático de las víctimas, que no puede significar que las mismas se consideren falsas o que los hechos carezcan de veracidad; la no revictimización al momento de obtener evidencias de la agresión sexual; en el caso concreto de los hábeas corpus cuyo objeto sea la protección de la integridad personal, las y los operadores de justicia están obligados a realizar un análisis integral en relación con la privación de la libertad de la persona afectada<sup>61</sup>.

En cuanto a la identificación de vulneraciones a la integridad personal en la acción de hábeas corpus, la CCE precisó en la sentencia 365-18-JH/21 que no corresponde a la autoridad judicial que conoce esta acción determinar si los hechos alegados por el reclamante constituyen delito de tortura, ni comprobar una presunta autoría, ya que estas cuestiones específicas corresponden a la judicatura penal competente. Al mismo tiempo, la Corte precisó lo siguiente:

Sí compete a la autoridad judicial que conoce el hábeas corpus, determinar si hay violación a la libertad, a la integridad personal o derechos conexos y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad personal de la persona privada de libertad y, de ser procedente, remitir a Fiscalía para la correspondiente investigación<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 182.

<sup>59</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre 2009, art. 4.7.

<sup>60</sup> CCE. Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados..., párr. 174 -272.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 189.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 229. Esto también se puede encontrar y revisar en la sentencia 017-18-SEP-CC, de 10 de enero de 2018,

Cabe indicar que la autoridad judicial que conoce de la acción de hábeas corpus es la encargada de entregar a la Fiscalía toda la información que reposa en el archivo de esta garantía jurisdiccional, y que puede servir para la tramitación de la investigación y del proceso penal.

La jueza o juez constitucional que resuelve la garantía jurisdiccional no requiere de convicción absoluta de la adecuación de determinados hechos a un tipo penal para conceder el hábeas corpus. No es necesario que, respecto a la afectación a la integridad personal, indague si se trata de una forma de tortura, o de trato cruel, inhumano o degradante; quien conoce del hábeas corpus debe limitarse a verificar las vulneraciones a la integridad personal y, acorde a ello, dictaminar las medidas que deben ser adecuadas y efectivas, para proteger los derechos constitucionales del solicitante<sup>63</sup>.

El papel fundamental de la jueza o juez que tramita esta acción es proteger al accionante que está privado de la libertad de cualquier amenaza que ponga en riesgo su integridad personal o su vida; y a su vez, reparar vulneraciones de los derechos: a la libertad, a la vida, a la integridad física, y otros conexos; y también debe: “prevenir

y proteger contra amenazas a los mismos, sin que le corresponda la determinación de la autoría de los responsables de los actos violentos que incluso pudiera desembocar en una infracción penal”<sup>64</sup>. Todo esto acorde al art. 89 de la CRE<sup>65</sup>.

La justicia ordinaria y la justicia constitucional deben ser complementarias en los casos de hábeas corpus, pues si la jueza o juez que tramita la garantía jurisdiccional encuentra vulneraciones a derechos constitucionales que puedan constituir infracciones administrativas o delitos, está obligado a remitir el proceso a la autoridad competente para que se investigue y los causantes sean sancionados; todo esto como garantía de no repetición<sup>66</sup>. Esto permitiría prevenir, sancionar, erradicar y reparar las infracciones a la integridad personal de las PPL, y a su vez debe disponer que las autoridades competentes informen sobre el avance y resultados de la investigación<sup>67</sup>, a fin de que la justicia constitucional dé seguimiento a la justicia ordinaria y trabajen de manera cohesionada.

Respecto a las consideraciones de la CCE en el punto referente a la competencia, resolución y adopción de medidas de protección de la acción de hábeas corpus; la Corte empezó por sustituir parcialmen-

en la que la CCE puntualiza lo que debe analizar la jueza o juez constitucional en una acción de hábeas corpus y que se remita a la Fiscalía los indicios si hay hechos que podrían configurar tortura o tratos crueles.

63 *Ibid.*, párr. 230.

64 *Ibid.*, párr. 231.

65 CRE: art. 89.4: “En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable”.

66 LOGJCC: art. 18. Esto está igualmente mencionado en la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, 24 de marzo de 2021, párr. 230.

67 CCE. Sentencia, 365-18-JH/21 y acumulados..., párr. 232.

te el precedente constitucional contenido en la sentencia 017-18-SEP-CC<sup>68</sup>, que en términos generales señalaba que si la acción de hábeas corpus se presentaba sobre un proceso penal que ya contaba con una sentencia ejecutoriada y por hechos acaecidos durante la ejecución penal, sería competente para conocer la acción la jueza competente para conocer la acción la jueza o juez de primer nivel. En la sentencia 365-18-JH/21, la CCE estableció una nueva regla al respecto, en los siguientes términos:

Durante la fase de ejecución de la sentencia, las y los jueces competentes son los de garantías penitenciarias, así como los jueces y juezas de garantías penales y multicompetentes a quienes el Consejo de la Judicatura, en el marco de sus atribuciones, les ha asignado tales competencias<sup>69</sup>.

En cuanto a si la acción de hábeas corpus se presenta sobre un proceso penal que aún no cuenta con una sentencia ejecutoriada, la respectiva Sala de la Corte Provincial de Justicia será competente para conocer la acción. En palabras de la CCE, esto se refiere a:

(...) la detención y prisión preventiva ordenadas dentro del procedimiento penal sin que incluya a la condena, pues se trata de una etapa anterior a la ejecución de la sentencia penal. Para el efecto, se incluyen las detenciones ocurridas en la fase preprocesal de investigación previa, si a consecuencia de ellas, deviene un proceso penal<sup>70</sup>.

La regla pertinente para estos casos se encuentra también prevista en la sentencia en comento, textualmente de la siguiente manera: “las Salas de la Corte Provincial de Justicia son competentes para conocer las acciones de hábeas corpus presentadas durante el proceso penal mientras no exista sentencia ejecutoriada”<sup>71</sup>.

A continuación, la CCE estableció el alcance de la frase “*cualquier forma de tortura*” del art. 45.1 de la LOGJCC, en el sentido de entenderse como formas graves de vulneraciones a la integridad personal en sus dimensiones física, psíquica, sexual o moral, independientemente de que puedan considerarse como tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes:

Las juezas y jueces que conocen la acción de hábeas corpus deben examinar con detenimiento el impacto que las vejaciones provocan en la persona privada de libertad, dependiendo de la condición de la persona sobre la que se infringe y las circunstancias particulares del caso concreto<sup>72</sup>.

En cuanto a la expresión “*dispondrá la libertad de la víctima... y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad*”, la Corte consideró que si la detención es legítima y legal, pero que del proceso de hábeas corpus se desprende que existen violaciones a la integridad personal originadas en un proceso penal

68 La sentencia 002-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018, en las págs. 25 y 26, reiteró el contenido de la regla jurisprudencial contenida en la sentencia 017-18-SEP-CC, de 10 de enero de 2018.

69 CCE. *Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados...*, párr. 265.

70 *Ibid.*, párr. 257.

71 *Ibid.*, párr. 265.

72 *Ibid.*, párr. 267.

o una orden de prisión preventiva; en este caso, la Sala competente de la respectiva Corte Provincial, entre las medidas que puede disponer, se encuentra la de ordenar la libertad (sustituyéndola con medidas alternativas a la prisión preventiva), si considera luego de un examen detenido y con la debida fundamentación que es la medida adecuada para garantizar el derecho a la integridad personal. Todo esto sin perjuicio de que la jueza o juez que conoce la causa principal revoque o sustituya las mismas<sup>73</sup>. Para el caso de que la detención sea ilegítima, ilegal y/o arbitraria y se verifiquen violaciones a la integridad personal, la regla será la misma<sup>74</sup>.

Para el caso de procesos de hábeas corpus originados en el cumplimiento de una pena y de los cuales se desprendan violaciones a la integridad personal, los operadores de justicia deberán tener en cuenta que esta garantía no es un mecanismo para la revisión de la pena y, en tal virtud, ordenar inmediatamente todas las medidas necesarias para proteger la integridad personal. Entre esas medidas, la CCE señala que se puede, “disponer la atención inmediata y permanencia en un centro de salud hasta su recuperación, el traslado a otro centro de privación de libertad, la custodia personal, protección a familiares, el requerimiento de informes pormenorizados, la investigación de los hechos, la prevención de represalias”<sup>75</sup>. Finalmente, sobre este punto la Corte hizo una excepción:

Excepcionalmente en casos de personas privadas de la libertad con condenas por delitos que no revistan gravedad, no generen riesgos o potenciales daños a víctimas por violencia de género, o no provoquen conmoción social, la o el juez de garantías penitenciarias o el que haga sus veces según lo analizado, podrá disponer de conformidad con lo que prescribe el art. 89 de la CRE, medidas alternativas a la privación de la libertad en casos graves de indefensión, reiteración de las violaciones a la integridad personal o situaciones de vulnerabilidad, tales como adolescentes, personas con discapacidades, personas que padezcan enfermedades catastróficas, siempre atendiendo al caso en concreto y de forma motivada<sup>76</sup>.

## Conclusiones

En el presente artículo se analizó la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, de 24 de marzo de 2021, por medio de la cual la CCE fijó una serie de parámetros en torno a la procedencia del hábeas corpus para garantizar los derechos de las PPL, particularmente del derecho a la integridad personal, y verificó la existencia de un contexto de graves y sistemáticas vulneraciones en el SNRS. En este sentido, se examinaron los argumentos principales esgrimidos por la Corte, destacando aquellos aspectos que han sentado una nueva línea jurisprudencial relevante y clarificadora.

Es así que, por una parte, se destacó la constatación que ha efectuado la CCE sobre la grave situación que atraviesa el SNRS en el Ecuador. Concretamente,

<sup>73</sup> *Ibid.*, párr. 268.1.

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 268.2.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 268.3.i.

<sup>76</sup> *Ibid.*, párr. 232.3.ii.

la Corte identificó una serie de falencias que se relacionan directamente con el hacinamiento carcelario, provocado a su vez por un ostensible uso excesivo de la privación de libertad en general, y la prisión preventiva en particular. A esto, se agregan severas limitaciones en infraestructura, provisión de servicios básicos, y personal especializado. Teniendo en cuenta que este contexto estructural y sistémico es propicio para la vulneración de derechos, la CCE formuló una serie de recomendaciones a ser tomadas en cuenta por las diversas instancias estatales a nivel legislativo, judicial y administrativo.

En lo que respecta al análisis concreto de los casos seleccionados, la Corte consideró las alegaciones de las partes accionantes sobre las vulneraciones a la integridad personal de diversa naturaleza, que incluyeron afectaciones de índole físico, psíquico y sexual. En este sentido, la CCE adoptó un criterio sumamente amplio en torno a las nociones de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, evidentemente a efectos de la valoración que deben efectuar las juezas y jueces al resolver una acción de hábeas corpus. En tal virtud, la Corte también fijó una serie de estándares para la adecuada resolución de esta acción en los casos de personas privadas de la libertad.

En conclusión, la sentencia en referencia ha permitido a la CCE profundizar sobre el contenido, alcance y efectos del hábeas corpus, con especial referencia a las PPL y la situación carcelaria actual del

país. Se trata de un precedente jurisprudencial que establece lineamientos claros y precisos a fin de prevenir, sancionar y reparar las vulneraciones a derechos dentro del SNRS.

## Bibliografía

### Doctrina

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores Detenidos Honduras*, 10 de marzo de 1999.

Daniel O'Donnell. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, 2007.

García Morelos, Gumesindo. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32366?show=full>.

HuertasDíaz, Omar. «*La integridad personal y su protección efectiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Wilson Gutiérrez Soler contra Colombia*», *Meritum* 2, n.º 2 (2007) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4047374>

Llobet Rodríguez, Javier. “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, en *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos Tomo VI*, coord. por César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez. Brasil: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

Maier, Julio B. J. “La esquizofrenia del derecho penal”, en *Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli*, coord. por Iñaki Rivera Beiras et al. España: Anthropos Editorial, 2006.

Morillo, Joaquín García. “El derecho a la libertad personal- Detención, privación y restricción de libertad”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, 20, citado por Susana Castañeda Otsu, «Protección Internacional de los derechos de las personas privadas de libertad», *Agenda Internacional* 7, n.º 15 (2000): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6302551>.

Torres Manrique, Jorge Isaac. «Detención en flagrancia y su cuestionamiento, vía el proceso de habeas corpus», *Revista Derecho y Cambio Social* 41 (2015).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El enemigo en el derecho penal”, en *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos Tomo VI*, coord. por César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez. Brasil: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

Zelada, Carlos. «lus Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos», *Agenda Internacional* 8, n.º 17 (2002): 129-156, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8239/8545>

## Normativa

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

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

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

## Jurisprudencia

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Caso Albert Womah Mukong Vs. Camerún*, Dictamen de 21 de julio de 1994. Comunicación No. 458.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados*, 24 de marzo de 2021.

— *Sentencia 209-15-JH/19 y acumulado*, 12 de noviembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil*. Resolución de medidas provisionales. 7 de julio de 2004.

— *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

— *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 179.

— *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Repa-

raciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

— *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

— *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

— *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

— *Opinión Consultiva OC-8/87* de 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH). Serie A No. 8.

# El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas a partir de la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados

Byron Villagómez Moncayo <sup>1</sup>,  
Rubén Calle Idrovo <sup>2</sup> y Valeria Garrido Salas <sup>3</sup>

Cómo citar: Moncayo Villagómez, Byron, Calle Idrovo, Rubén y Garrido Salas, Valeria (2022). El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas a partir de la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados. IUS Constitutionale, 3, 87-103. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

El artículo analiza los principales aspectos de la sentencia de acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra del Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, emitido por el Ministerio de Defensa del Ecuador. Se explican las implicaciones del principio de reserva legal, presente en la argumentación para la declaración de inconstitucionalidad por la forma del mencionado Reglamento. También se detalla el rol complementario y excepcional que podrían cumplir las Fuerzas Armadas en el control de la seguridad interna y el orden social, mencionado en el análisis que concluyó la inconstitucionalidad por el fondo de las correspondientes disposiciones de la Ley de Seguridad Pública y del Estado. Finalmente, se hace mención de los parámetros constitucionales para el uso progresivo de la fuerza, especialmente en los contextos de protesta y manifestación social.

## Palabras clave:

Derecho a la protesta y manifestación, fuerza pública, uso progresivo de la fuerza, principio de reserva legal.

<sup>1</sup> 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 (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>2</sup> Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca. En la actualidad funcionario del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador con el cargo de Especialista Constitucional Académico.

<sup>3</sup> 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 y colaboradora en la revista de Derecho Constitucional IUS CONSTITUTIONALE.

## Introducción

El 5 de mayo de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados<sup>4</sup>, decisión que dirimió la constitucionalidad del Acuerdo Ministerial No. 179 que contenía el “Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas” (en adelante, Acuerdo No. 179)<sup>5</sup>; y dos artículos de la Ley de Seguridad Pública y del Estado (en adelante, LSPE)<sup>6</sup>. La acción pública de inconstitucionalidad, por la forma y por el fondo, fue presentada por varias personas naturales y jurídicas<sup>7</sup> que argumentaban la vulneración de varias normas de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE)<sup>8</sup>, y de los principios de reserva de ley, legalidad y proporcionalidad.

Dentro de los argumentos presentados por las y los accionantes, se mencionó que el Acuerdo No. 179 regulaba derechos constitucionales y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas (en adelante, FF. AA.), aun cuando estas cuestiones no forman parte de las atribuciones del Ministerio de Defensa<sup>9</sup>. Respecto a los artículos de la LSEP,

se arguyó que asignaban una función complementaria a las FF. AA. que no está reconocida dentro de la esfera de competencias asignadas por la CRE, lo que implicaba desconocer la norma constitucional sobre su rol<sup>10</sup>. Además, se alegó que las normas impugnadas incumplían los principios del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) por prever el uso de la fuerza militar contra la sociedad civil, irrespetando los derechos constitucionales a la vida, integridad personal, libertad de expresión, manifestación y resistencia<sup>11</sup>.

Dado que la materia de la sentencia en comento generó interés y debate, en cuanto a sus implicaciones en la institucionalidad y democracia en el Ecuador, la CCE tomó en consideración tanto las posturas de los diversos *amici curiae* presentados, como las intervenciones de los participantes de la audiencia telemática para resolver la causa<sup>12</sup>. Tras realizar el análisis de constitucionalidad por la forma, la Corte verificó que el principio de reserva legal establece que el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales requiere ser regulado mediante ley orgánica<sup>13</sup>. Por consiguien-

4 La sentencia responde las demandas de los casos: 29-20-IN, 30-20-IN, 32-20-IN, 33-20-IN, 34-20-IN y 47-20-IN.

5 Acuerdo No. 179. Registro Oficial Edición Especial 610, 29 de mayo de 2020.

6 Ley de Seguridad Pública y del Estado [LSPE]. Registro Oficial Suplemento 35, 28 de septiembre de 2009.

7 Los accionantes fueron: Alejandro Ponce Villacís, Vivian Isabel Idrovo Mora y Alejandra Barba García, por sus propios derechos; además, lo fueron el Colectivo Jurídico Universitario, la Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “SURKUNA”, la Fundación Dignidad, Amazon Frontlines, el Colectivo Acción Jurídico Popular, el Colectivo de Derechos Humanos “Kyntyñan”, el Frente Popular, la Defensoría del Pueblo y la Dirección Nacional de Personas Desaparecidas y Reparación a Víctimas Documentadas por la Comisión de la Verdad.

8 Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

9 Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 33-20-in/21 y acumulados*, 5 de mayo de 2021, párr. 13-17.

10 *Ibid.*, párr. 20.

11 *Ibid.*, párr. 25-28.

12 *Ibid.*, párr. 54-55.

13 *Ibid.*, párr. 75-76.

te, en razón de que las disposiciones del Acuerdo No. 179 generaban consecuencias directas sobre derechos constitucionales, y que éstas pertenecen a una materia que debe regularse exclusivamente por medio de ley orgánica, se declaró la inconstitucionalidad del mencionado Acuerdo.

Por otro lado, en el análisis de inconstitucionalidad por el fondo la Corte hizo mención de la configuración constitucional de las FF. AA. y destacó su rol principal de protección de la soberanía y la integridad territorial. La CCE también enfatizó que únicamente en circunstancias excepcionales las FF. AA. pueden participar, de forma limitada y complementaria, en el control del orden interno ya que este nivel de protección es una función privativa del Estado y es responsabilidad de la Policía Nacional (en adelante, PN)<sup>14</sup>. En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad del art. innumerado posterior al art. 11 de la LSEP, que se refería de manera general e indeterminada a la participación de las FF. AA. en el mantenimiento del orden público y omitía criterios como sus competencias privativas, además de la temporalidad y excepcionalidad de su actuación<sup>15</sup>.

El presente artículo enfocará su análisis en la sentencia de acción por inconstitucionalidad 33-20-IN/21 y acumulados, por medio de la cual la CCE declaró la inconstitucionalidad por la forma del Acuerdo No. 179 expedido por el Ministerio de De-

fensa, y la inconstitucionalidad por el fondo del art. innumerado posterior al art. 11 de la LSPE. Para ello, en la primera sección se hará un repaso sobre el principio de reserva de ley para el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Seguidamente, se explicará el rol complementario de las FF. AA. para el control de la seguridad interna y el orden social. Posteriormente, se analizarán los parámetros constitucionales para el uso progresivo de la fuerza, haciendo especial referencia al derecho a la protesta y manifestación. Finalmente, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

### **Principio de reserva de ley para el ejercicio de derechos y garantías**

Una de las facultades que tiene el Estado en general es la denominada reglamentaria<sup>16</sup>, misma que encuentra límites en cuanto a su validez en el respeto a los contenidos de la CRE, so pena de devenir en inconstitucionales por la forma o por el fondo. La vulneración de dichos límites fue precisamente determinada por la CCE en la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados, lo que condujo a la declaratoria de inconstitucionalidad del Acuerdo No. 179 y de la norma pertinente de la LSPE.

Los límites a la facultad reglamentaria se pueden encontrar principalmente en el art. 147.13 de la CRE, que claramente: i) los de ejecución o aplicación; y, ii) los

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 95.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 99.

<sup>16</sup> Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán señalan que, “la potestad reglamentaria está prevista para realizar dos tareas distintas: una primera, consistente en la ejecución de una voluntad superior, en la ejecución de la ley; otra segunda, consistente en el ejercicio de la facultad de autoorganización”: Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán. *Curso de Derecho Constitucional*, Décimo sexta edición (Madrid: Marcial Pons, 2018), 685.

autónomos. Los primeros son aquellos necesarios para la aplicación de las leyes, y, por lo general los emite el Ejecutivo sin que puedan enervar el contenido de las normas legales; y, en el segundo caso, se emiten con el objeto de impulsar la buena marcha de la Administración en general.

En lo que al Acuerdo No. 179 se refiere, la CCE abordó el problema de la inconstitucionalidad por la forma a partir de constatar que en su expedición no se respetó el principio de reserva de ley. En efecto, la materia regulada en dicho reglamento requería, conforme al mandato de los arts. 132 y 133 núm. 1 y 2 de la CRE, la expedición de una norma con rango de ley y no reglamentaria; además, por los contenidos del mentado Acuerdo, dicha ley debía tener el rango y carácter de orgánica<sup>17</sup>.

Es así que, en el art. 132 de la CRE se establecen los casos en los cuales se requiere de ley para que la regulación de determinadas materias tenga validez. Por competencia constitucional, está claro que la expedición de leyes con el carácter de general le corresponde en exclusividad a la Asamblea Nacional, pudiendo existir afectación a sus atribuciones como órgano legislativo cuando otra entidad estatal expide regulaciones sobre asuntos que poseen reserva de ley. Esto se complementa con la reserva de ley orgánica que exige el art. 133 de la CRE en sus cuatro numerales (*numerus clausus*), dejando a to-

das las materias que queden por fuera de ellos supeditadas a una regulación legal de carácter ordinario. Con base en estas dos disposiciones se explica la reserva de ley, en cuanto a que ninguna otra norma distinta a la ley puede regular las materias para ella previstas.

En este sentido, es muy importante el aporte de la Corte al determinar que el principio de reserva de ley busca asegurar la protección de los derechos y garantías<sup>18</sup>. Para examinar este punto, la CCE se apoya en disposiciones que nacen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus instrumentos, respecto a que las regulaciones atinentes a derechos como la vida y la integridad física requieren estrictamente de norma legal, y más concretamente en el caso ecuatoriano, de ley orgánica. Es así que el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), prescribe expresamente lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”<sup>19</sup>. En igual sentido, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), dispone que, “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley.

Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”<sup>20</sup>.

17 CRE: arts. 132 y 133.

18 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21* y acumulados, 5 de mayo de 2021, párr. 62. Véase también: CCE. *Sentencia 002-14-SIN-CC*, 14 de agosto de 2014, pp. 40-41.

19 Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

En consonancia, la CCE en la sentencia en comento reprodujo las directrices sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*<sup>21</sup>. En la jurisprudencia mencionada se aclara que la legislación interna de un país debe incorporar al momento de regular por ley la utilización de la fuerza letal y armas de fuego<sup>22</sup>. Se debe destacar que estos lineamientos conforman también la parte resolutoria de la sentencia, cuando se dispone que se “tome en consideración todos los criterios desarrollados en la presente sentencia”<sup>23</sup>.

Luego de la referencia a los principios constitucionales de reserva de ley y a los instrumentos internacionales, la Corte analizó cada uno de los artículos que conforman el acuerdo impugnado, desprendiéndose que se regulaban temas que involucraban directamente los derechos a la vida e integridad personal. Por consiguiente, en razón de la reserva de ley orgánica prevista para los derechos y garantías en el art. 133.2 de la CRE, el acuerdo resultaba inconstitucional por la forma<sup>24</sup>. Lo dispuesto no quita que a futuro y mediante ley previa, conforme lo indica la CCE, se complemente la aplicación del régimen del uso de

la fuerza a través de reglamentos y otros instrumentos normativos, siempre que no implique regulación sobre derechos y garantías.

En cuanto a la reserva de ley orgánica para la regulación de la organización y funcionamiento de instituciones creadas por la CRE, la Corte estableció que el Acuerdo No. 179 no tenía como objeto regular aspectos organizacionales o administrativos ni de funcionamiento de las FF. AA., sino delimitar una de sus atribuciones constitucionales, como es la regulación del uso progresivo de la fuerza en su rol complementario a la PN durante un estado de excepción. Bajo estas consideraciones, la CCE concluyó en este punto que no existía transgresión al art. 133.1 de la CRE<sup>25</sup>.

Sobre esta cuestión, la Corte reconoció la facultad normativa de carácter reglamentario en el marco de la CRE y observó la reserva de ley. En esa medida, destacó la imposibilidad de la Administración pública, en general, de asumir competencias de carácter legislativo que se encuentran reservadas privativamente a la Asamblea Nacional<sup>26</sup>. Todo esto en atención irrestricta a la materia que debe ser objeto de debate parlamentario, como

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

22 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21...*, párr. 73.

23 *Ibid.*, punto resolutivo quinto.

24 *Ibid.*, párr. 74-76.

25 *Ibid.*, párr. 80.

26 Estefanía Granda Granda, sostiene que, “Se debe apuntar que la facultad reglamentaria no constituye una delegación de la potestad de carácter legislativo, sino que esta es una facultad autónoma concedida a la administración, por lo que a través de los reglamentos (autónomos) e procede a crear efectos jurídicos de carácter directo, objetivo y general, como está presente en otras normas legales, cerrando toda posibilidad de atentar contra la división de poderes, aspecto elemental para materializar y cumplir los fines y principios propios de un Estado de Derecho”: Estefanía Granda Granda, *La facultad reglamentaria del Estado*, primera edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 35.

son los derechos y garantías, así como la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la CRE, entre otras; a más de la obligación constitucional de ser expedidas con el rango de ley orgánica.

Un punto importante en el análisis del Acuerdo No. 179 tuvo que ver con la competencia del Ministerio de Defensa para expedirlo. Al respecto, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Corte en la sentencia 005-12-SIN-CC, en cuanto a que, “la reserva de ley es en rigor un principio de producción normativa, que opera como criterio de atribución de competencia”<sup>27</sup>; de lo que se extrae, en consecuencia, que la competencia general para el accionar de las y los servidores públicos es la indicada en el art. 226 de la CRE, que al texto indica:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución<sup>28</sup>.

Aparte de su valor para determinar una posible infracción a las atribuciones constitucionales -en los términos del art. 436.2 de la CRE-, el concepto de competencia también sirve para solucionar conflictos normativos (antinomias jurídicas), conjuntamente con los criterios de jerar-

quía, especialidad o cronología, y que por lo general no son materia de la jurisdicción constitucional sino de la justicia ordinaria. Sobre esta cuestión, el autor Antonio Bascuñán Rodríguez afirma que:

El sentido primario del concepto de competencia es el que corresponde a su uso [en] el contexto de la aplicación de criterios de validez. En este contexto se constata que en el acto de establecimiento de una norma se ha infringido una regla de competencia. Por esta razón, en su sentido primario el concepto de competencia forma parte del fundamento de la invalidación de una norma jurídica, sin necesidad que la norma impugnada se encuentre en una situación de conflicto con otra norma, distinta de la regla de competencia que sirve de base para justificar su invalidación<sup>29</sup>.

Lo expuesto llevó a la Corte a la conclusión de que, si bien la competencia en general no se encuentra en duda en cuanto a que el ministro de Defensa puede válidamente emitir reglamentos, el contrapunto se presentó concretamente sobre las materias a regularse mediante dicho tipo de norma. Por lo tanto, la CCE concluyó, en lo principal, que el Acuerdo No. 179 era inconstitucional por la forma al no tener el referido Ministro competencia en razón de la materia<sup>30</sup>.

En definitiva, los reglamentos como expresión de la potestad normativa, constituyen normas secundarias inferiores a la ley y no la remplazan; su límite lo determinan principios tales como el de juridicidad, legalidad, reserva de ley, división de poder

27 CCE. Sentencia 005-12-SIN-CC, 29 de marzo de 2012, 11.

28 CRE: art. 226.

29 Antonio Bascuñán Rodríguez, «El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas», *Revista Chilena de Derecho*, Numero Especial (1998): 33, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649997>.

30 CCE. Sentencia 33-20-IN/21..., párr. 89.

res, competencia, entre otros<sup>31</sup>. Al abarcar un reglamento materias que no correspondan estrictamente al mandato constitucional de reserva de ley -para el caso ecuatoriano-, sería dicha norma objeto de escrutinio constitucional a través, precisamente, de la vía adecuada para estos casos, como es la acción de inconstitucionalidad.

En tal ejercicio del control de constitucionalidad, el ordenamiento jurídico ecuatoriano sanciona con la invalidez a los actos normativos de carácter general y actos administrativos con efectos generales que vulneren la CRE. En este caso, se debe tener en cuenta que los arts. 132 y 133 de la CRE delimitan las materias que corresponden a las leyes ordinarias y orgánicas, quedando por fuera las cuestiones que pueden ser reguladas mediante otro tipo de normas, como los reglamentos. La vulneración a estas prescripciones produce la invalidez constitucional del acto trasgresor.

### **El rol complementario de las FF. AA. en el control del orden público y la seguridad interna**

Dentro de los principios básicos del derecho internacional sobre el empleo de la fuerza militar y el uso de las armas de

fuego por los funcionarios estatales encargados de hacer cumplir la ley, no existe una mención específica que haga referencia a la participación de las FF. AA. en tareas de seguridad interna y orden público. Sin embargo, la mayoría de gobiernos del continente americano sí consideran una participación de las FF. AA. en el contexto de la seguridad interna, y desarrollan estándares y condiciones para su intervención<sup>32</sup>. Generalmente, dichas intervenciones ocurren en escenarios de crisis o emergencia, tras la declaratoria de un estado de excepción, y tienen su marco legal en la Constitución del respectivo país. No obstante, existen excepciones, por ejemplo en los casos de Antigua y Barbuda, las Bahamas y Guatemala el rol de las FF. AA. para el control interno puede tener un carácter tanto temporal como permanente<sup>33</sup>.

Un estudio comparativo del involucramiento de las FF. AA. en actividades de seguridad interna en las Américas concluyó que los gobiernos de la región optan por incluir un rol complementario de la institución debido a que su seguridad sufre variaciones por causa de la internacionalización y globalización de amenazas, entre ellas el crimen transnacional organizado<sup>34</sup>. En este sentido, los Estados buscan una solución al enfrentarse al nuevo paradigma de

<sup>31</sup> Para ampliar este punto de análisis véase: Manuel Rebollo Puig, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública* 125 (mayo/agosto 1991), <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=123&IDA=23747>.

<sup>32</sup> Según un informe del año 2012 de la Junta Interamericana de Defensa, existían 34 Estados miembros activos, de éstos: 7 no tenían FF. AA. y 23 confirmaron que sus FF. AA. tenían un rol en la seguridad interna; véase Luiz Octavio Coimbra, «El involucramiento de las Fuerzas Armadas en actividades de seguridad en las Américas», *URVIO Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* 12 (2012): 127-128.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 129.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 127-140.

la seguridad integral y multidimensional; y como consecuencia, profundizan o extienden las responsabilidades de las FF. AA.<sup>35</sup>.

En el caso del Ecuador, la CRE determina que tanto la PN como las FF. AA. son “instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”<sup>36</sup>, y que sus servidores “se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego a irrestricto al ordenamiento jurídico”<sup>37</sup>. Adicionalmente, la CRE establece específicamente que “las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial”<sup>38</sup>. Por otra parte, reconoce que “la protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional”<sup>39</sup>. Es así que, aun cuando ambas instituciones tienen la facultad de velar por la protección de los ciudadanos, sus responsabilidades no son equiparables.

Es preciso destacar que la CRE determina, claramente, que ante las declaratorias de estado de excepción el presidente de la República tiene la potestad de “disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo

a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones”<sup>40</sup>; reconociendo un rol complementario de las FF. AA. a la PN en el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana en casos específicos y excepcionales. Al respecto, en el caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, la Corte IDH expresó lo siguiente:

Tal como ha sostenido este Tribunal ‘los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales’. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas<sup>41</sup>.

Independientemente de su responsabilidad de proteger a los ciudadanos tanto de problemas internos como externos, los Estados deben evaluar si es que, en efecto, la participación de las FF. AA. de manera complementaria es el medio más idóneo y pertinente para gestionar cuestiones de seguridad pública. Se debe resaltar que la seguridad ciudadana y la defensa nacional son dimensiones distintas, por este motivo las instituciones que asumen la tarea de salvaguardarlas requieren de políticas públicas específicas, acordes a la naturaleza de la materia. Como señala la doctrina:

<sup>35</sup> *Abide*.

<sup>36</sup> CRE: art. 158.

<sup>37</sup> *Abide*.

<sup>38</sup> *Abide*.

<sup>39</sup> *Abide*.

<sup>40</sup> CRE: art. 165.

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51. Véase también: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78.

[M]ientras que la seguridad pública, más allá de cómo se denomine a la instancia institucional y a la política que se encarga de tales responsabilidades, posee por obligación la custodia y salvaguardia de las libertades, garantías y derechos de los ciudadanos, su vida y sus bienes, la defensa nacional se orienta a preservar la propia existencia del Estado, su integridad territorial, soberanía e independencia de actores externos al mismo<sup>42</sup>.

De manera que, el propósito de la seguridad interna está ligado a la protección de las personas y su configuración no tiene relación directa con la defensa y preservación del Estado. Esto determina las principales diferencias entre la PN y las FF. AA., pues la visión y misión que persiguen son diferentes y, por ende, su personal está entrenado con orientaciones disímiles. Pese a que existen transformaciones en los fenómenos que amenazan la seguridad interna de los Estados, la solución militar como respuesta no suele ser la más eficaz debido a que sus orígenes son multicausales<sup>43</sup>. En ese marco, es necesario que el Estado, responsable de velar por los derechos humanos, desarrolle iniciativas y políticas multifactoriales de prevención de delitos que tome en cuenta las variables económicas, sociales, educativas y culturales del país<sup>44</sup>.

Es preciso recordar que los límites del uso de la fuerza militar, especialmente en los casos de protesta social y manifestación, son parte de un Estado democrático

respetuoso de los derechos y libertades fundamentales<sup>45</sup>. En este contexto, la sentencia de la CCE en comento representa un hito en la institucionalidad y el fortalecimiento de la democracia en el país, pues expulsa del ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma que no tenía sustento constitucional<sup>46</sup>. Esto, en vista de que el art. innumerado posterior al art. 11 de la LSPE contravenía los principios del derecho constitucional al no buscar una plena protección de derechos y garantías; al contrario, generaba un ámbito de ambigüedad normativa en cuanto a las circunstancias específicas y extraordinarias en las que las FF. AA. cumplirían un rol dentro de las operaciones de seguridad interna y control del orden público.

### **Parámetros constitucionales para el uso progresivo de la fuerza**

Uno de los aspectos más destacables de la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados es la fijación de parámetros constitucionales acerca del uso progresivo de la fuerza, con especial referencia al control de manifestaciones de protesta social y política. Es así como la Corte advierte que, si bien el Acuerdo No. 179 y la respectiva disposición de la LSPE eran inconstitucionales, las FF. AA. conservan incólume su rol como actor complementario y de apoyo, de conformidad con las atribuciones que la CRE le ha

42 Daniel Darío Rodríguez, «El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional», *Estado & Comunes, Revista de Políticas y Problemas Públicos* 9 (2019): 133-153.

43 Daniel Sansó-Rubert Pascual, «La seguridad ciudadana y las Fuerzas Armadas: ¿Despropósito o último recurso frente a la delincuencia organizada?», *Revista Criminalidad* 55, n.º 2 (2013): 119-133.

44 *Ibidem*.

45 Estos principios están consagrados tanto en la CRE (arts. 1, 3, 8, 66.3), como en la CADH y en la Carta Democrática Interamericana (Lima: OEA, 11 de septiembre de 2001).

46 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21 ...*, voto concurrente del juez Enrique Herrería Bonnet, párr. 2 y 10.

otorgado<sup>47</sup>. Concretamente, como lo señala con claridad el juez Enrique Herrería Bonnet en su voto concurrente, “si bien esta Corte está declarando la inconstitucionalidad del artículo innumerado 11 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, ello no significa un debilitamiento o reducción de las potestades de las Fuerzas Armadas”<sup>48</sup>; para lo cual enfatiza en lo dispuesto por los arts. 158 de la CRE, 34, 35, 41 y 43 de la LSPE, 16 y disposición general sexta de la Ley Orgánica de Defensa Nacional<sup>49</sup>, y 16 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas<sup>50</sup>.

Por ello, la CCE ratificó que las FF. AA. no se encuentran impedidas de ejecutar sus atribuciones constitucionales ni legales, en tanto se encuentren apegadas a la CRE, a las normas del DIDH y la ley<sup>51</sup>. En este sentido, la Corte tomó nota de que, al momento de emitir su sentencia, en la Asamblea Nacional se encontraba en trámite un proyecto de ley para regular el uso de la fuerza, y ordenó que dicho órgano legislativo incorporara todos los criterios desarrollados en el fallo en referencia, en especial los que formuló de manera explícita para el efecto.

Para delimitar el sentido y alcance del uso de la fuerza, la Corte aludió al concep-

to recogido por la Cruz Roja Internacional (en adelante, CICR); que, si bien aclara que dicho término es definido específicamente en la legislación de cada país, se suele entender en términos generales como:

(...) cualquier restricción física que se impone a una persona, desde la restricción ejercida con la mano o con un dispositivo de sujeción, hasta el uso de armas de fuego u otras armas. Sólo se puede emplear la fuerza cuando los otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Ésta es una consideración importante a la hora de recurrir a la fuerza letal o potencialmente letal, a fin de respetar el derecho a la vida<sup>52</sup>.

En la doctrina especializada, se puede citar la definición formulada por Birkbeck y Gabaldón, quienes, para su investigación y análisis sobre la disposición de agentes policiales a usar la fuerza contra las personas, parten del siguiente marco conceptual sobre dicho término: “Entendemos por fuerza física el uso efectivo o la inminente amenaza del uso de cualquier forma de coacción o incapacitación física contra un ciudadano, que puede producir (aunque no necesariamente) heridas o muerte”<sup>53</sup>. Resulta también pertinente la definición que trae el Manual de Uso de la Fuerza de las Fuerzas Armadas de México, con el siguiente tenor: “Es la utilización de técnicas, tácticas, métodos y

47 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21...*, 5 de mayo de 2021, párr. 109.

48 *Ibid.*, voto concurrente del juez Enrique Herrería Bonnet, párr. 22.

49 Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Registro Oficial 4, 19 de enero de 2007.

50 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.

51 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21...*, párr. 111.

52 Cruz Roja Internacional [CICR], *El uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden* (Ficha Técnica: 23 de septiembre de 2015), 1, <https://www.icrc.org/es/document/el-uso-de-la-fuerza-en-operaciones-de-mantenimiento-del-orden#:~:text=En%20las%20operaciones%20de%20mantenimiento,y%20por%20la%20legislaci%C3%B3n%20nacional>.

53 Christopher Birkbeck y Luis Gerardo Gabaldón, «La disposición de agentes policiales a usar fuerza contra el ciudadano», en *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, comp. por Roberto Briceño-León (Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2002), 243, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D3087.dir/10birbecky.pdf>.

armamento, que realiza el personal de las fuerzas armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia no agresiva, agresiva o agresiva grave”<sup>54</sup>.

En este sentido, la misma CICR resalta que “el uso de la fuerza o de armas de fuego para hacer cumplir la ley es, obviamente, una medida extrema”<sup>55</sup>, lo que se desprende “de la naturaleza del derecho a la vida como derecho humano fundamental”<sup>56</sup>. En línea con estos señalamientos, es indispensable tener en cuenta el contenido de dos documentos relevantes: el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante, CCFEHCL)<sup>57</sup> y los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante, PB)<sup>58</sup>. Si bien estos textos no son propiamente instrumentos internacionales, contienen lineamientos y parámetros relevantes acerca del uso progresivo de la fuerza.

Respecto al CCFEHCL, se debe destacar que su art. 1 adopta una definición amplia de funcionario o funcionaria encargada de hacer cumplir la ley, al incluir no solamente a quienes formalmente ejercen

funciones de policía, sino también a las autoridades militares que cumplan dichas tareas, sea que porten uniforme o no. Asimismo, se debe subrayar que el art. 2 de dicho documento determina que en el desempeño de sus funciones dichos agentes respetarán y protegerán la dignidad humana y defenderán los derechos humanos de todas las personas. Igualmente, el art. 3 prescribe que el uso de la fuerza se empleará cuando sea estrictamente necesario; en el comentario oficial a dicha disposición se hace explícito el siguiente parámetro:

El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes<sup>59</sup>.

En las siguientes disposiciones del CCFEHCL se recoge la proscripción de todo tipo de acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en conformidad con los instrumentos

<sup>54</sup> Secretaría de la Defensa Nacional de los Estados Unidos Mexicanos, *Manual del Uso de la Fuerza, de Aplicación Común a las Tres Fuerzas Armadas* (México: Diario Oficial de la Federación, Secretaría de Gobernación, 22 de mayo de 2014), acceso el 7 de junio de 2021, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5346857&fecha=30/05/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5346857&fecha=30/05/2014).

<sup>55</sup> CIRC, *Violencia y Uso de la Fuerza (Ginebra: 2015)* 50, [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza\\_\(web\).pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf).

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [CCFEHCL]. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>.

<sup>58</sup> Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [PB]. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de septiembre de 1990, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>.

<sup>59</sup> CCFEHCL..., art. 3, comentario c).

internacionales sobre la materia; así como la imposibilidad de invocar orden de autoridad o circunstancias especiales. Del mismo modo, se prohíbe cualquier acto de corrupción, se promueve la salvaguarda de la salud de toda persona detenida, y se conmina a los agentes del orden no sólo a obedecer la ley y esos lineamientos, sino también a hacerlos cumplir e impedir su violación.

En lo que concierne a los PB, en primer lugar, se determina el deber de los gobiernos de adoptar y aplicar normas sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por parte de sus agentes. En este sentido, se reitera que los funcionarios y funcionarias encargadas de hacer cumplir la ley deberán emplear primordialmente medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza y las armas de fuego, indicándose expresamente que, “Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”<sup>60</sup>. Consta asimismo en los PB, entre sus prescripciones específicas, la siguiente directriz concreta sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo

en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida<sup>61</sup>.

De la misma forma, los PB incluyen parámetros que se refieren, en general, a la necesidad de contener y evitar al máximo el empleo de armas de fuego, reducir los daños, brindar asistencia inmediata y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; así como notificar lo sucedido, a la brevedad posible, a sus familiares o amigos. Los PB también contemplan lineamientos respecto del control de reuniones ilícitas violentas y no violentas. Sobre las primeras, los PB determinan que los agentes del orden deberán evitar el empleo de la fuerza y, de no ser posible, limitarlo al mínimo necesario. Los funcionarios y funcionarias encargadas de hacer cumplir la ley podrán emplear armas de fuego “cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria”<sup>62</sup>, y en estricta conformidad con las directrices y bajo las circunstancias anteriormente mencionadas.

En la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados, la CCE determina que el uso de la fuerza por parte de las y los agentes estatales debe ser progresivo y ajustarse a cuatro principios esenciales, a saber<sup>63</sup>: 1) Legalidad; 2) Absoluta necesidad; 3) Proporcionalidad; y, 4) Humanidad. Estos principios son similares a los señalados por la CICR: legalidad, precaución, necesidad y

60 PB..., párr. 4.

61 *Ibid.*, párr. 9.

62 *Ibid.*, párr. 14.

63 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21...*, párr. 117.

proporcionalidad<sup>64</sup>. Dicho organismo internacional sintetiza la aplicación práctica de dichos parámetros de este modo:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden recurrir a la fuerza únicamente cuando todos los demás medios para lograr el objetivo legítimo resulten ineficaces (necesidad) y el uso de la fuerza pueda justificarse (proporcionalidad) en relación con la importancia del objetivo legítimo (legalidad) que se desea alcanzar. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener moderación al emplear las armas de fuego y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga (PB, principios 4 y 5). Sólo podrán utilizar la fuerza necesaria para lograr un objetivo legítimo<sup>65</sup>.

Estos estándares guardan conformidad con los principios explicitados por la Corte, -anteriormente aludidos-, y que además tienen el mérito de incluir los parámetros fijados por la Corte IDH en reiterada jurisprudencia. En este sentido, en el caso *García Ibarra y Otros Vs. Ecuador*, dicho organismo interamericano ratificó que, como regla general, “el uso de armas de fuego está previsto como medida de último recurso a la luz del derecho interno e internacional”<sup>66</sup>, en alusión a los antes citados PB. De manera más detallada, en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, la Corte IDH sentó lineamientos sobre el uso de la fuerza en el contexto del ejercicio del derecho de reunión, destacándose específicamente lo siguiente:

[L]os Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, incluso la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores (...) las normas internacionales y la jurisprudencia de este Tribunal han establecido que ‘los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras’ (...) el uso de la fuerza acarrea obligaciones específicas a los Estados para: (i) regular adecuadamente su aplicación, mediante un marco normativo claro y efectivo; (ii) capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, los límites y las condiciones a los que debe estar sometida toda circunstancia de uso de la fuerza, y (iii) establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza<sup>67</sup>.

Teniendo en cuenta estos criterios, la CCE puso de relieve que el art. 66.13 de la CRE reconoce y garantiza el derecho de manifestación y/o reunión y lo concibe como “un medio idóneo para poder expresar públicamente ideas, protestas y/o reivindicaciones”<sup>68</sup>; siempre y cuando se lo ejerza a través de medios pacíficos y respetando el ordenamiento jurídico y los derechos de terceros. En este sentido, la Corte reconoció que el rol del Estado se concretiza en dos niveles: 1) la obligación de proteger a

64 CIRC, *Violencia...*, 51.

65 *Ibidem*.

66 Corte IDH. *Caso García Ibarra y Otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 112.

67 Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 159, 160 y 161.

68 CCE. *Sentencia 33-20-IN/21...*, párr. 121.

las personas involucradas en reuniones pacíficas; y, 2) implementar medidas para facilitar y permitir que se lleven a cabo sin injerencias innecesarias<sup>69</sup>.

Con cordantemente, la CCE señaló que el control de manifestaciones o protestas, al ser parte de las tareas de seguridad interna, es función primaria de la PN; pero que, en casos excepcionales, es decir cuando se configuran los supuestos de hecho para decretar un estado de excepción, puede permitirse la intervención de las FF. AA.<sup>70</sup>

Con base en estas premisas y teniendo en cuenta las normas y principios de la CRE, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, la CCE dispuso lo siguiente:

(...) el uso progresivo de la fuerza por parte de las FF. AA. está supeditado a aquellos casos en los que se configuren las causales previstas en la Constitución y deriven en la declaratoria de un estado de excepción. Además, con el único fin de controlar la situación de emergencia o excepción de forma complementaria a la Policía Nacional, pues no podría ser utilizado para impedir manifestaciones pacíficas en ejercicio de los derechos constitucionales<sup>71</sup>.

Sobre estas cuestiones, resulta también ilustrativo hacer referencia a lo determinado por la Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia. Es así que, respecto al uso de la fuerza por parte del Estado, dicho órgano jurisdiccional ha manifestado lo siguiente:

El monopolio del uso de la fuerza, como ha sido definido en el constitucionalismo liberal, es una de las características definitorias del Estado de Derecho. La concepción original de esta característica se encuentra en la conocida explicación de Max Weber, según la cual la existencia misma del Estado, en cuanto modalidad institucionalizada de dominación, depende de conservar de manera exclusiva el uso de la fuerza que sustenta, desde una perspectiva material, la coacción estatal; para luego buscar legitimar ese dominio a partir del uso de herramientas que combinan rasgos carismáticos, tradicionales o legales racionales (...) A esta visión tradicional del monopolio del uso de la fuerza, se adiciona otra, vinculada a la relación inescindible entre dicha exclusividad con la democracia constitucional, comprendida como un régimen dirigido a la limitación del poder mediante el orden jurídico. En esencia, esta comprensión contemporánea se funda en dos aspectos esenciales: el carácter excepcional del uso de la fuerza y la necesidad correlativa que el mismo esté estrechamente circunscrito al cumplimiento de reglas constitucionales y legales para su ejercicio, así como a la permanente subordinación, control y vigilancia por parte del Gobierno, en cuanto órgano de naturaleza civil<sup>72</sup>.

En esta línea de razonamiento se destaca la particular responsabilidad atribuida a la Fuerza Pública como dispositivo institucional para el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza. Específicamente, en un régimen constitucional tanto la PN como las FF. AA. están sometidas a exigencias y controles muy estrictos derivados de la delicada función que ejercen; y, en este sentido, se enfatiza que el uso de la fuerza es por regla general excepcional, y aún más

69 *Ibíd.*, párr. 122.

70 *Ibíd.*, párr. 123.

71 *Ibíd.*, párr. 125.

72 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-082/18*, 22 de agosto de 2018, párr. 8 y 9.

en el caso extremo del empleo de armas de fuego. Además, en el Ecuador, como lo ha establecido categóricamente la CCE, la intervención de las FF. AA. en actividades de control del orden interno procede exclusivamente en el marco de un estado de excepción y de manera complementaria a la PN.

En consonancia con estas perspectivas constitucionalistas y democráticas, la Corte colombiana también ha explicitado el carácter acotado de las prerrogativas constitucionales de la Fuerza Pública en el uso de la fuerza; concretamente, dicho tribunal ha señalado lo siguiente:

El uso de la fuerza y de las armas, en consecuencia, no es de carácter discrecional, sino que debe estar orientado de manera exclusiva a cumplir las finalidades constitucionales del Estado. Con todo, dicho uso debe estar inspirado en su obligación de garantizar y respetar los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida. Por tal razón, el uso de la fuerza y de las armas debe estar regido por los principios de (i) *proporcionalidad*, según el cual las acciones no deben afectar los derechos humanos de una manera desproporcionada respecto del objetivo; (ii) *necesidad*, según el cual las acciones no deben afectar ni restringir los derechos humanos más de lo necesario; y (iii) *precaución*, según el cual se deben adoptar todas las precauciones posibles para asegurar que la fuerza se emplee de conformidad con el marco jurídico vigente y protegiendo el derecho a la vida en la máxima medida posible<sup>73</sup>.

Retomando lo determinado por la CCE en la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados, se reitera lo prescrito en los PB y el CCFEHCL antes citados, así como lo puntualizado en la jurisprudencia de la Corte

IDH y los estándares de la CICR, acerca del uso de armas de fuego y la protección de los derechos a la vida e integridad personal; además de la obligación del Estado de capacitar a las FF. AA. con un enfoque de derechos humanos y dotarlas del equipamiento necesario y apropiado para el ejercicio de su rol complementario al de la PN en estados de excepción. En definitiva, la Corte ha precisado y concretizado una serie de parámetros y lineamientos para el empleo de la fuerza por parte de la Fuerza Pública, en particular las FF. AA., y con especial referencia a la gestión y control de manifestaciones y protestas, en aras de garantizar los derechos constitucionales en liza.

## Conclusiones

En la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados, la CCE ha tenido la oportunidad de emitir un pronunciamiento jurisprudencial sobre uno de los temas más delicados y relevantes de la actualidad. Específicamente, la Corte resolvió la inconstitucionalidad de una norma reglamentaria y de una disposición legal que regulaban el uso de la fuerza y armas de fuego por parte de las FF. AA., en el control y mantenimiento del orden interno en colaboración con la PN. En el presente artículo se analizaron los criterios esgrimidos por esta alta magistratura sobre dichas cuestiones, resaltando las limitaciones precisadas en torno a la obligatoriedad de la declaratoria de estado de excepción, así como a los estándares y lineamientos para el uso progresivo de la

<sup>73</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-430/19*, 17 de septiembre de 2019, párr. 4.2.

fuerza, especialmente en lo que concierne al control y gestión de manifestaciones y protestas sociales.

Para el efecto, se hizo primeramente un repaso sobre el sentido y alcance del principio de reserva de ley para la regulación de derechos y garantías constitucionales, con énfasis en lo determinado por la CCE en la sentencia en comento. A continuación, se examinó lo atinente al rol complementario de las FF. AA. en el control del orden público y la seguridad interna, poniendo de relieve las exigencias y limitaciones constitucionales fijadas por la Corte. Finalmente, se reflexionó sobre los parámetros constitucionales específicos puntualizados en la sentencia en referencia, respecto al uso de la fuerza por parte de las FF. AA. y la PN. En definitiva, el presente análisis permitió profundizar en algunos de los argumentos más importantes de la sentencia 33-20-IN/21 y acumulados, fallo que sin duda tendrá una enorme repercusión en la sociedad.

## Bibliografía

### Doctrina

Bascuñán Rodríguez, Antonio. «El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas». *Revista Chilena de Derecho*, 1998. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649997>.

Birkbeck, Christopher y Luis Gerardo Galbaldón. «La disposición de agentes po-

liciales a usar fuerza contra el ciudadano». En *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, compilado por Roberto Briceño-León, 229-243. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2002. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D3o87.dir/1obirbecky.pdf>.

Comité Internacional de la Cruz Roja. *El uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden*. Ficha Técnica: 23 de septiembre de 2015. <https://www.icrc.org/es/document/el-uso-de-la-fuerza-en-operaciones-de-mantenimiento-del-orden#:~:text=En%2olas%2ooperaciones%2ode%2omantenimiento,y%2opor%2ola%2olegislaci%C3%B3n%2onacional>.

— *Violencia y Uso de la Fuerza*. Ginebra: 2015. [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza\\_\(web\).pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf).

Coimbra, Luiz Octavio. «El involucramiento de las Fuerzas Armadas en actividades de seguridad en las Américas». *URVIO Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* 12 (2012): 127-140. <https://doi.org/10.17141/urvio.12.2012.1172>.

Granda, Estefanía. *La facultad reglamentaria del Estado*, primera edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.

Pérez Royo, Javier y Manuel Carrasco Durán. *Curso de Derecho Constitucional*.

Madrid, Marcial Pons, decima sexta edición, 2018.

[www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5346857&fecha=30/05/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5346857&fecha=30/05/2014).

Rebollo Puig, Manuel. «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno». *Revista de Administración Pública* 125 (mayo/agosto 1991). <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=123&IDA=23747>.

Rodríguez, Daniel Darío. «El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional». *Estado & Comunes, Revista de Políticas y Problemas Públicos* 9 (2019): 133-153. [https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v2.n9.2019.121](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v2.n9.2019.121).

Sansó-Rubert Pascual, Daniel. «La seguridad ciudadana y las Fuerzas Armadas: ¿Despropósito o último recurso frente a la delincuencia organizada?». *Revista Criminalidad* 55, n.º 2 (2013): 119-133. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-31082013000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082013000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es).

Secretaría de la Defensa Nacional de los Estados Unidos Mexicanos. *Manual del Uso de la Fuerza, de Aplicación Común a las Tres Fuerzas Armadas*. México: Diario Oficial de la Federación, Secretaría de Gobernación, 22 de mayo de 2014. Acceso el 7 de junio de 2021. <http://>

## Normativa

Carta Democrática Interamericana. Lima: OEA, 11 de septiembre de 2001.

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Resolución 34/169. 17 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>.

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

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

Acuerdo No. 179. Registro Oficial Edición Especial 610, 29 de mayo de 2020.

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

Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Registro Oficial 4, 19 de enero de 2007.

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.

# El número de cédula: componente esencial de los derechos a la identidad y la personalidad jurídica

Byron Villagómez Moncayo <sup>1</sup>,  
Rubén Calle Idrovo <sup>2</sup> y Valeria Garrido Salas <sup>3</sup>

Cómo citar: Moncayo Villagómez, Byron, Calle Idrovo, Rubén y Garrido Salas, Valeria (2022). El número de cédula: componente esencial de los derechos a la identidad y la personalidad jurídica. IUS Constitutionale, 3, 104-114. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

En el artículo se aborda la importancia del número de identificación como elemento esencial del derecho a la identidad personal y como requisito para el ejercicio de los derechos relacionados con la personalidad jurídica. El análisis se desprende de la sentencia 388-16-EP/21 que resuelve una acción extraordinaria de protección presentada por una persona adulta mayor en condición de migrante retornada, a la que el Registro Civil le asignó un número de cédula no reconocido por las instituciones públicas y privadas del país. Por este motivo, el artículo también se refiere al estatus de persona migrante retornada en el Ecuador y sus implicaciones según la normativa migratoria.

## Palabras clave:

Derecho a la identidad, derecho a la personalidad jurídica, número de cédula, condición de migrante retornado, hábeas data.

<sup>1</sup> 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 (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>2</sup> Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca. En la actualidad funcionario del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador con el cargo de Especialista Constitucional Académico.

<sup>3</sup> 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 y colaboradora en la revista de Derecho Constitucional IUS CONSTITUTIONALE.

## Introducción

El 23 de junio de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 388-16-EP/21, mediante la cual resolvió la demanda de acción extraordinaria de protección (en adelante, EP) presentada por una persona migrante retornada en contra de una sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. El fallo impugnado correspondía a una acción de hábeas data presentada contra el Registro Civil y la Secretaría de la Administración Pública, en la cual se alegaba una asignación errónea en el código del número de cédula del accionante, mismo que no era reconocido como válido por distintas instituciones públicas y privadas del Ecuador. En consecuencia, el accionante no podía ejercer de forma efectiva sus derechos a la identidad y a la personalidad jurídica<sup>4</sup>.

En su demanda y durante la audiencia pública<sup>5</sup>, el accionante alegó una vulneración a su derecho a la defensa en la garantía de motivación; esto, debido a que los jueces de instancia omitieron pronunciarse respecto a los hechos expuestos a su consideración y, como consecuencia de esta elusión del asunto principal de la *litis*, el razonamiento desarrollado en la sentencia era inconsistente<sup>6</sup>. De hecho, la resolución impugnada enfoca su análisis en

el derecho a acceder a información, a pesar de que la pretensión se orientaba hacia la protección del derecho a la identidad a través de la corrección de datos generados erróneamente por parte de entidades públicas. De manera que, según la defensa del proponente, la sentencia también incumplió con los estándares de razonabilidad y lógica<sup>7</sup>. En este sentido, la pretensión de la EP era dejar sin efecto el fallo impugnado y proteger el derecho a la identidad y los derechos conexos del accionante.

Después de verificar los parámetros mínimos constitucionales de motivación en la decisión judicial impugnada, la CCE corroboró que los jueces de instancia no efectuaron un análisis sobre la procedencia de la acción de hábeas data, sino que se limitaron a identificar la aplicación de normativa infralegal emitida por el Registro Civil. En efecto, la Corte señaló que los jueces demandados omitieron analizar y valorar la actuación de las autoridades frente a la petición formulada por el accionante y, como consecuencia de dicha omisión, se habría vulnerado su derecho al debido proceso en la garantía de motivación<sup>8</sup>. En vista de que no se atendió la pretensión del hábeas data, la Corte procedió con la revisión de los elementos que configuran el derecho a la tutela judicial efectiva, y comprobó que la judicatura demandada tampoco realizó un análisis sustancial sobre los derechos ale-

4 Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 388-16-EP/21*, 23 de junio de 2021, pp. 1.

5 La audiencia pública fue convocada para el 22 de diciembre de 2020 y participaron los legitimados activos, los representantes

del Registro Civil, la Procuraduría General del Estado y la Secretaría de Gobierno Electrónico, además de la Defensoría del Pueblo como tercero con interés.

6 CCE. *Sentencia 388-16-EP/21*..., párr. 14-15

7 *Ibid.*, párr. 17-18.

8 *Ibid.*, párr. 32-38.

gados como vulnerados<sup>9</sup>. Por este motivo, también declaró la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del accionante.

Por las vulneraciones previamente identificadas, la CCE realizó un control de mérito para constatar si la revisión del fondo del proceso de origen era procedente. En este sentido, la Corte constató que existió una vulneración a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; adicionalmente, observó que *prima facie* los hechos frente a los que se propuso la acción de hábeas data versaban sobre la posible vulneración a los derechos a la identidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona en movilidad humana y adulta mayor<sup>10</sup>. En consecuencia, los hechos cumplían, tanto con el criterio de gravedad, al tratarse de una persona en doble situación de vulnerabilidad; como con el criterio de novedad, pues no existían precedentes jurisprudenciales sobre el alcance de la garantía de hábeas data para la protección de los derechos presuntamente vulnerados de personas en condición de migrantes retornadas<sup>11</sup>.

De manera que el presente artículo analizará la sentencia 388-16-EP/21, por medio de la cual la CCE llevó a cabo un análisis de mérito de una acción de hábeas data presentada por una persona migrante retornada y adulta mayor, tras verificar

una vulneración a sus derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la tutela judicial efectiva por parte de autoridades judiciales de instancia. Para ello, en la primera sección se abordará la importancia del número de identificación como elemento esencial del derecho a la identidad personal. Luego, se analizará al número de identificación como requisito para el ejercicio de derechos relacionados con la personalidad jurídica. Posteriormente, se revisarán las connotaciones de la condición de una persona migrante retornada. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

### **El número de cédula (o identificación) como elemento esencial del derecho a la identidad:**

El derecho a la identidad en su condición de derecho humano está contenido en forma amplia y con sus diversos elementos en el art. 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>12</sup> (en adelante, CRE); disposición, a su vez, que no puede ser comprendida en términos de *numerus clausus*, debido a que no agota otras dimensiones válidas que puede adoptar el derecho a la identidad personal y colectiva<sup>13</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) con relación al derecho a la identidad ha manifestado:

9 *Ibíd.*, párr. 39-44.

10 *Ibíd.*, párr. 49.

11 *Ibíd.*, párr. 50.

12 Tras disposiciones de la CRE, como el art. 45, inciso segundo, incluyen referencias a este derecho, circunscrito específicamente a niñas, niños y adolescentes; así como los casos de los derechos colectivos a comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubios, previstos en los arts. 57.1, 58 y 59 de la CRE.

13 CCE. *Sentencia 732-18-JP/20*, 23 de septiembre de 2020, párr. 31.

(...) Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso<sup>14</sup>.

La disposición constitucional que contiene el derecho a la identidad comprende dos aristas, la personal y la colectiva: la primera, tiene una perspectiva individual y diferenciadora; y, la segunda, abarca una dimensión social, frente a los demás como parte integrante de una comunidad. En todo caso, las dimensiones deben ser consideradas también desde un punto de vista dinámico y no únicamente estático, que permita sus diversas interrelaciones con los elementos ejemplificativos que contempla la disposición constitucional, como son: el derecho a tener nombre y apellido; y, el de conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, religiosas, políticas, entre otras.

Esto permite constatar una relación muy estrecha entre la identidad y el Derecho, puesto que este último debe proveer de la instrumentalización jurídica indispensable y mecanismos institucionales necesarios que viabilicen el goce y disfrute de la identidad en todas sus manifestaciones y estados. De esta forma, se consigue una inclusión y proyección mayor de la identi-

dad que alimenta sus contenidos con otra fuente sustancial, como es el caso de la jurisprudencia.

En todo caso, el articulado de la actual CRE relacionado al derecho a la identidad es más amplio que el que contemplaba la Constitución Política de 1998<sup>15</sup>. Esto permite en el actual estado de cosas que se pueda relacionar de manera más integral y óptima el derecho a la identidad con otros derechos, como los religiosos, culturales, políticos, entre otros. En esta línea de razonamiento –la de su implementación a través del reconocimiento de la identidad– se permite el ejercicio de otros derechos; así, específicamente la Corte IDH ha señalado que:

Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos... señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo, estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como ex-

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221, párr. 122.

<sup>15</sup> Constitución Política de la República del Ecuador (1998). Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 23.24: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes... El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley”.

presión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”<sup>16</sup>.

Para llegar a tal reconocimiento y ejercicio de determinados derechos, se requiere la materialización de un acto ejecutado por el Estado como es el otorgamiento de un documento conocido como cédula, documento nacional de identidad, u otro similar. En este viene incorporado un número que adopta las características de ser único e irrepetible, concedido en el caso ecuatoriano a través del Registro Civil. Es indispensable que exista concordancia numérica entre el registro de nacimiento y el documento de identidad expedido posteriormente<sup>17</sup>.

La cédula de ciudadanía con el número incorporado a la misma constituye, a no dudarlo, un elemento práctico, pues es aceptado por parte de la mayoría de los países del mundo y posibilita la individualización de las personas, así como el ejercicio de varios derechos constitucionales. La CCE, en la sentencia 732-18-JP/20<sup>18</sup>, ejemplifica el caso de la libertad de contratación o la propiedad en donde, para determinados actos tanto públicos como privados se solicita la cédula con la finalidad de individua-

lizar correctamente a los intervinientes; y, además, facilita el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, como es migrar y salir libremente del país. En el mismo fallo<sup>19</sup>, también se menciona el ejercicio del derecho al voto y de los derechos del buen vivir como el acceso a la educación o atención en la salud.

Al respecto, vale la pena indicar que de conformidad con el art. 6 de la CRE todas las personas ecuatorianas, sea por nacimiento o naturalización, tienen la calidad de ciudadanas. Por consiguiente, el otorgamiento de la cédula y su correspondiente número también posibilita el ejercicio de derechos relacionados con la ciudadanía ecuatoriana, particularmente los de participación o políticos; evidentemente, con sujeción a las condiciones válidamente previstas en el texto constitucional.

La Corte remarcó en la sentencia 388-16-EP/21<sup>20</sup> la importancia que asume la numeración que incluye el documento de identidad; convirtiéndose en uno de los elementos sustanciales que posibilitan la identificación individualizada de las personas, bajo el principio de unicidad y, con ello, el ejercicio de derechos<sup>21</sup>. En dicho fallo, la Corte señaló específicamente que:

16 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 123.

17 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles [LOGIDC]. Registro Oficial Segundo Suplemento 684, 4 de febrero de 2016, art. 87: “Asignación del número único de identificación en la inscripción de nacimiento. El número que haya sido asignado al momento de la inscripción de nacimiento será el mismo número de la cédula de identidad. El número de cédula es exclusivo y no podrá asignarse a otra persona”.

18 CCE. *Sentencia 732-18-JP/20...*, párr. 55.

19 *Ibíd.*, párr. 56 y 57.

20 CCE. *Sentencia 388-16-EP/21...*, párr. 70.

21 LOGIDC: art. 4: “Unicidad. Existirá un número único de identificación al que se vincularán todos los datos personales públicos o privados que se tengan que inscribir y registrar por mandato legal o judicial, y se hará constar en forma obligatoria en los diferentes documentos tanto públicos como privados”.

En este sentido, la numeración de la cédula de ciudadanía tiene correspondencia con los elementos de la identidad de las personas, pues el código inicial guarda relación con el lugar de registro de las personas<sup>22</sup>.

En el plano normativo, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), promulgada en el año 2016, reemplazó a la antigua Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación<sup>23</sup>. Se destaca entre sus disposiciones aquella que asigna el NUI (Número Único de Identificación) al nacido vivo para individualizarle y garantizarle una identidad única<sup>24</sup>. En esta nueva normativa se clarificó que la cédula de ciudadanía es emitida y el número de cédula es asignado directamente por el Registro Civil; situación que, por falta de previsión y distinción necesarias en la ley anterior, llevó al cometimiento de una serie de errores humanos y administrativos en el Registro Civil<sup>25</sup>.

Sin perjuicio de la importancia que tiene la asignación de un número adjunto en la cédula de ciudadanía, en determinados lugares, especialmente en zonas de frontera y respecto a la accesibilidad de personas en aislamiento voluntario o pertenecientes a pueblos no contactados, la falta de tal numeración y obtención de una cédula no podría menoscabar sus derechos. Esto, con fundamento en la condición particular que asumen dichas personas frente al reconocimiento constitucional del Ecuador como Estado inter-

cultural y plurinacional y en respeto de tal diversidad, a lo cual se suman los derechos colectivos en favor de pueblos y nacionalidades.

El derecho a la identidad, como consecuencia de la asignación inicial de un número como parte de la cédula de ciudadanía, implica el reconocimiento legal y social de una persona como sujeto individualizado de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, le permite entablar una relación con su Estado, territorio, sociedad y familia. Se trata de una disposición imprescindible para proteger la dignidad individual y colectiva de las personas<sup>26</sup>.

### **El número de cédula (o identificación) como condición para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica**

En la sentencia 388-16-EP/21, la CCE analizó si el Registro Civil vulneró el derecho a la personalidad jurídica del accionante por las dificultades originadas por el otorgamiento de un número de cédula irregular. Para el efecto, la Corte constató que esta circunstancia condujo a que la persona afectada experimentara dificultades recurrentes para realizar actos jurídicos y ejercer de forma efectiva sus derechos. Para la CCE, esto significó una vulneración al derecho a la personalidad jurídica del accionante como fundamento esencial para el ejercicio de todos sus derechos humanos.

22 CCE. *Sentencia 388-16-EP/21...*, párr. 70.

23 Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Registro Oficial 70, 21 de abril de 1976.

24 LOGIDC: art. 29.

25 Javier Ribadeneira Sarmiento, «El rol del número de cédula en el derecho a la identidad», *Ius Humani, Revista de Derecho* 5 (2016): 251-252, <https://xurl.es/ftj16>.

26 *Ibid.*, 247.

Como indica la propia Corte, el derecho a la personalidad jurídica no se encuentra explícitamente reconocido en la CRE, pero sí implícitamente en su art. 10 que alude a la titularidad de derechos por parte de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. A nivel internacional, el reconocimiento de este derecho es amplio, no sólo en diversos instrumentos<sup>27</sup>, sino también en la jurisprudencia de los principales organismos de justicia. Precisamente, la Corte IDH, conforme al art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha concebido a este derecho de esta forma:

(...) Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes<sup>28</sup>.

Como se puede constatar, para la Corte IDH el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es fundamental, puesto que constituye la condición esencial para el goce y ejercicio de los demás derechos. Es decir que, si a una persona se le niega el reconocimiento de su personalidad jurídica, se verá impedida de gozar, ejercer y hacer respetar sus demás

derechos, ya que en definitiva significaría privarle de su titularidad como sujeto de derechos.

En su análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre esta materia, Beatriz Suárez y Édgar Fuentes, juristas de Colombia, explican que este valor condicional del reconocimiento a la personalidad jurídica enmarca la incidencia del accionar estatal en la acreditación declarativa de la titularidad de derechos<sup>29</sup>; concretamente: “Dicha tesis pondría al derecho de la personalidad jurídica como elemento prioritario para que la calidad de persona, (sic) pueda ser valorada y estimada por el Estado”<sup>30</sup>. Agregan de forma específica dichos autores lo siguiente:

Consecuente con ello, la importancia del reconocimiento no significa que sin este las personas no puedan ser protegidas, y menos en el ámbito internacional, en sus derechos humanos, sino que la función declarativa del Estado genera niveles de institucionalización que lo diferencia de bienes, cosas o entes salvaguardados pero que no por ello ostentan la posibilidad de autodeterminación e inclusión en el conglomerado como iguales<sup>31</sup>.

Este comentario doctrinario pone de relieve la importancia de la implementación institucional de mecanismos que permitan o no obstaculicen el ejercicio pleno de los derechos. En este sentido, el número de identificación se erige

27 Véase: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969, art. 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984, art. 3.

28 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179. Ver también: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 176.

29 Beatriz Eugenia Suárez López y Édgar Hernán Fuentes Contreras, «Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores II* (2015): 75, <https://xurl.es/n1063>.

30 *Ibidem*.

31 *Ibid.*, 76.

como elemento básico y esencial para el acceso a una amplia gama de prestaciones, muchas de ellas indispensables, en los ámbitos público y privado y cuya limitación puede llegar a constituir una vulneración de mayor o menor gravedad.

Acerca de la protección de este derecho, la relevancia de la sentencia 388-16-EP/21 estriba particularmente en la formulación de una serie de criterios y parámetros constitucionales. Por una parte, la Corte manifestó que este derecho posibilita a la persona acceder a servicios públicos y privados, así como contraer obligaciones y obtener reconocimiento jurídico de sus actuaciones<sup>32</sup>. Específicamente, según la CCE este derecho “implica reconocer y respetar la capacidad jurídica de las personas en cualquier lugar y durante todo su ciclo de vida”<sup>33</sup>.

Asimismo, la Corte determinó que este derecho tiene una indudable relación con el derecho a la identidad, así como con otros, como el derecho a la vida; pero que posee características específicas que le dan su propia entidad y validez jurídica<sup>34</sup>. En este sentido, la CCE enfatizó que este derecho “principalmente protege el reconocimiento de la existencia jurídica de la persona y de todos los actos que, en tal virtud, realice a lo largo de su vida”<sup>35</sup>; razón por la cual, “el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene un carácter declarati-

vo y no constitutivo”<sup>36</sup>. Por ende, el reconocimiento de la personalidad jurídica no se origina en una decisión estatal, sino que las personas son titulares por el mero hecho de ser personas y lo que hace el Estado es reconocer “los efectos jurídicos que tienen los actos de una persona a lo largo de su vida”<sup>37</sup>. De esto se desprende que limitar el acceso al número de identificación es un obstáculo injustificado para el pleno ejercicio de una serie de derechos, lo que conlleva una vulneración directa al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

### **Connotaciones de la condición de persona migrante retornada**

La CRE, en su sección tercera, reconoce el derecho de las personas a migrar y establece que, dentro de las acciones para el ejercicio de derechos de las personas con nacionalidad ecuatoriana en el exterior, independientemente de su condición migratoria, el Estado “promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario”<sup>38</sup>. De manera complementaria, el art. 4 núm. 8 y 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante, LOMH) define como una de las finalidades de dicha ley el “establecer lineamientos sobre las políticas públicas que el Estado desarrollará para alcanzar el retorno planificado de las personas ecuatorianas desde el ex-

<sup>32</sup> CCE. *Sentencia 388-16-EP/21...*, párr. 88.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 89.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 90.

<sup>38</sup> CRE: art. 40.4.

terior; [y] regular el ejercicio de los derechos y obligaciones de las personas ecuatorianas retornadas”<sup>39</sup>. Es así que el Estado ecuatoriano ha aceptado que, dentro del proceso de migración de las personas existe una fase de retorno y, en virtud de ello, ha reconocido que tiene como obligación facilitar y estimular un retorno voluntario y planificado para sus ciudadanos.

El capítulo segundo de la LOMH hace mención a la condición de persona migrante retornada y la define los siguientes términos:

(...) Toda persona ecuatoriana que se radicó en el exterior y retorna al territorio nacional para domiciliarse en él. Para acogerse a los beneficios previstos en esta Ley deberán cumplir una de las siguientes condiciones: 1. Haber permanecido más de dos años en el exterior y retornar de manera voluntaria o forzada. 2. Estar en condiciones de vulnerabilidad calificada por la autoridad de movilidad humana o las misiones diplomáticas u oficinas consulares del Ecuador de acuerdo con esta Ley y su reglamento<sup>40</sup>.

La misma ley señala que las personas ecuatorianas retornadas pertenecen a un grupo de atención prioritaria y reconoce su derecho a la reunificación familiar<sup>41</sup>. Así también, la LOMH se refiere a los derechos de las personas migrantes retornadas, entre los que se destacan la inserción educativa y laboral, y el acceso al sistema financiero y a la pensión jubilar<sup>42</sup>. Es preciso mencionar que el Reglamento a la LOMH indica que los migrantes retornados pue-

den solicitar un documento que certifique su condición, mismo que es otorgado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y que les permite gozar de todos los derechos y beneficios establecidos en dicha ley<sup>43</sup>.

Por otra parte, varias son las decisiones de la CCE que han hecho referencia al reconocimiento de derechos constitucionales a personas en situación de movilidad<sup>44</sup>, destacando su estatus como grupo de atención prioritaria y respondiendo a la intensa movilidad humana que históricamente ha caracterizado al Ecuador como país emisor, receptor, de tránsito y de retorno de migrantes<sup>45</sup>. Dicho de otra manera, la Corte ha complementado la noción prevista en la CRE sobre el ejercicio del derecho a migrar, incluyendo la posibilidad de retornar al país de origen en condiciones dignas y con garantías para el ejercicio de derechos conexos que permitan el desarrollo del proyecto de vida<sup>46</sup>.

Cabe señalar que la condición de persona migrante retornada y sus beneficios son consonantes con el principio de no discriminación desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte IDH ha destacado que el principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio de una persona y que, en el caso de que el Estado aplique beneficios o privilegios a un grupo determina-

39 Ley Orgánica de Movilidad Humana [LOMH]. Registro Oficial Suplemento 983, 6 de febrero de 2017, arts. 4.8 y 4.9.

40 LOMH: art. 25.

41 LOMH: art. 27.

42 LOMH: arts. 29, 33, 34 y 35.

43 Reglamento a la LOMH. Registro Oficial Suplemento 55, 10 de agosto de 2017, art. 5.

44 Véase las sentencias: 002-14-SIN-CC, 159-11-JH/19, 335-13-JP/20 y 639-19-JP/20.

45 CCE. *Sentencia 388-16-EP/21...*, párr. 98.

46 *Ibid.*, párr. 101.

do, estos deben ser justificados en virtud de un interés legítimo para la sociedad y no representar discriminación<sup>47</sup>. Concretamente, en el caso de las personas migrantes retornadas, tanto la normativa como la jurisprudencia constitucional del Ecuador han dejado en evidencia que las personas que deciden retornar al país viven un proceso complejo y están expuestas a enfrentar obstáculos, barreras y desafíos durante su integración, que podrían resultar en limitaciones o restricciones para el ejercicio de sus derechos reconocidos dentro del marco legal ecuatoriano<sup>48</sup>. Por este motivo, tienen un estatus que brinda ciertos beneficios y es amparado por la ley.

## Conclusión

En la sentencia 388-16-EP/21, la CCE estableció el valor insoslayable del otorgamiento del número de cédula de forma adecuada y libre de error, como componente básico y esencial de los derechos a la identidad personal y reconocimiento de la personalidad jurídica. Además, la Corte remarcó la particular relevancia de proteger estos derechos en el caso concreto debido a la condición de persona migrante retornada del accionante, lo que, conforme a la CRE, le significaba recibir la garantía adicional de pertenecer a un grupo de atención prioritaria.

Si bien el examen de la Corte sobre las vulneraciones incurridas por los jueces de instancia es importante, en el presente

artículo se consideró el análisis de mérito efectuado por dicho organismo, en atención a su particular relevancia, novedad y significación jurídica y académica. Este estudio ha permitido puntualizar los más notables criterios desarrollados por la CCE respecto al derecho a la identidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la garantía reforzada de los derechos de las personas migrantes retornadas. Se trata, sin duda, de un fallo que generará gran repercusión en el ámbito de la institucionalidad administrativa en materia de identificación personal.

## Bibliografía

### Doctrina

Ribadeneira Sarmiento, Javier. «El rol del número de cédula en el derecho a la identidad». *Revista de Derecho Ius Humani* Vol. 5 (2016): 243-257. <https://xurl.es/ftj16>.

Suárez López, Beatriz Eugenia y Édgar Hernán Fuentes Contreras. «Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores* II (2015): 65-85. <https://xurl.es/n1063>.

### Normativa

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

<sup>47</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, 24.*

<sup>48</sup> CCE. *Sentencia 388-16-EP/21...*, párr. 102-103.

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

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

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Suplemento del Registro Oficial 684, 4 de febrero de 2016.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. Registro Oficial Suplemento 983, 6 de febrero de 2017.

Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Registro Oficial 70, 21 de abril de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Registro Oficial 101, 24 de enero de 1969.

Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, Registro Oficial Suplemento 55, 10 de agosto de 2017.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 732-18-JP/20*, 23 de septiembre de 2020.

— *Sentencia 388-16-EP/21*, 23 de junio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

— *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

— *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221.

— *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18.

# Necesidad de una interpretación intercultural en la prisión preventiva de personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en aislamiento voluntario

Byron Villagómez Moncayo <sup>1</sup>,  
Rubén Calle Idrovo <sup>2</sup> y Valeria Garrido Salas <sup>3</sup>

Cómo citar: Moncayo Villagómez, Byron, Calle Idrovo, Rubén y Garrido Salas, Valeria (2022). Necesidad de una interpretación intercultural en la prisión preventiva de personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en aislamiento voluntario. *IUS Constitutionale*, 3, 115-132. [http://bivisce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivisce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

El presente artículo desarrolla temas relacionados con la garantía jurisdiccional del hábeas corpus y su aplicación en consideración de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. En el texto se explica la conceptualización de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y de reciente contacto, y que habitan en el territorio amazónico del Ecuador. De la misma forma, se examina el concepto de interpretación intercultural desde el ámbito jurisdiccional, para posteriormente presentar una aproximación sobre los criterios establecidos tanto para dictar la medida cautelar de prisión preventiva para las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como para la presentación de la acción de hábeas corpus en su favor.

## Palabras clave:

Principios de plurinacionalidad e interculturalidad, pueblos en aislamiento voluntario, pueblos de reciente contacto, prisión preventiva, hábeas corpus.

<sup>1</sup> 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 (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>2</sup> Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca. En la actualidad funcionario del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador con el cargo de Especialista Constitucional Académico.

<sup>3</sup> 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 y colaboradora en la revista de Derecho Constitucional IUS CONSTITUTIONALE.

## Introducción

El 21 de julio de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 112-14-JH/21, mediante la cual revisó un fallo de instancia de acción de hábeas corpus presentada en favor de personas indígenas de reciente contacto, de nacionalidad waorani, privadas de su libertad. La demanda del mencionado hábeas corpus se fundamentó en que, al estar dichas personas habituadas a la vida en la selva y en su comunidad, estaban siendo afectadas en su integridad física y psicológica por su detención en el Centro de Rehabilitación Social de Sucumbíos (en adelante, CRS Sucumbíos). La acción en referencia fue rechazada por la Corte Provincial de Justicia de Orellana, con el argumento de que la garantía jurisdiccional de hábeas corpus no tiene por objeto la aplicación de medidas alternativas en sustitución de la prisión preventiva<sup>4</sup>.

Los antecedentes del caso se remontan a marzo de 2013, y se relacionan con la muerte de una pareja de ancianos waorani causada tras haber sido atacados y lanceados por un grupo de personas indígenas en aislamiento voluntario, de nacionalidad Tagaeri Taromenane. Como respuesta a este hecho, familiares de las personas atacadas ingresaron al territorio de la comunidad en aislamiento voluntario y mataron a un grupo de indígenas de nacionalidad Tagaeri Taromenane, también extrajeron a dos ni-

ñas menores de edad para ser integradas a los grupos familiares waorani<sup>5</sup>. Ante estos acontecimientos, en noviembre de 2013 la Fiscalía inició un proceso penal por el delito de genocidio y solicitó la prisión preventiva de las personas indígenas waorani procesadas, a pesar de su condición de reciente contacto. Ante estos acontecimientos, en noviembre de 2013 la Fiscalía inició un proceso penal por el delito de genocidio y solicitó la prisión preventiva de las personas indígenas waorani procesadas, a pesar de su condición de reciente contacto.

Seguidamente, el respectivo juez de garantías penales de Orellana determinó que las personas encartadas de nacionalidad waorani debían permanecer en el CRS Sucumbíos<sup>6</sup>. En diciembre de 2013, el abogado de los procesados interpuso un amparo de libertad, alegando que la Fiscalía no había considerado en su solicitud de prisión preventiva los derechos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas. Este recurso fue negado por la Corte de Orellana, con el criterio de que los hechos del caso eran correspondientes con el delito de genocidio<sup>7</sup>.

Durante la revisión de la CCE sobre la sentencia de hábeas corpus, se constató que el contexto en el cual se desarrollaron los hechos del caso era de alta conflictividad, debido a la presencia de varios actores, estatales y particulares, en la zona amazónica protegida del Yasuní<sup>8</sup>.

4 Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 112-14-JH/21*, 21 de julio de 2021, párr. 17-18.

5 *Ibid.*, párr. 14.

6 *Ibid.*, párr. 15.

7 *Ibid.*, párr. 15.

8 *Ibid.*, párr. 55-56.

En virtud de aquello, la Corte realizó una especial mención a los pueblos en aislamiento voluntario que habitan en dichos territorios, pues éstos están protegidos por el principio constitucional de no contacto, en expresión de su libre determinación<sup>9</sup>. Igualmente, la CCE resaltó que los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas requieren de un tratamiento jurídico especial, contemplado no sólo en la Constitución de la República del Ecuador<sup>10</sup> (en adelante, CRE), sino también en varios instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>11</sup>. Por este motivo, la Corte relacionó el trato diferenciado que merecen los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas con los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, y desarrolló gran parte de su análisis con base en los mismos.

El presente artículo analizará la sentencia de revisión de garantías 112-14-JH/21, por medio de la cual la CCE efectuó un importante avance jurisprudencial en materia de igualdad de condiciones para las personas pertenecientes a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, con un especial énfasis en la vinculatoriedad de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad. Para ello, en la primera sección de este ensayo se abordará la conceptualización de los pueblos indígenas, tanto en aislamiento voluntario como de reciente contacto. A continuación, se

examinará el concepto de interpretación intercultural desde el ámbito jurisdiccional. También, se revisará la interpretación intercultural como requisito de la medida cautelar de prisión preventiva para personas indígenas en aislamiento voluntario o de reciente contacto; para posteriormente llevar a cabo una aproximación sobre los criterios establecidos para la presentación de hábeas corpus por parte de las mismas. Por último, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

### **Conceptualización de pueblos en aislamiento voluntario y contacto reciente**

La sentencia 112-14-JH/21 alude a los conceptos de pueblos indígenas “en aislamiento” y “de reciente contacto”, y afirma que ambos hacen referencia a diferentes grados de ausencia o presencia de relación de dichos pueblos con la sociedad mayoritaria no indígena<sup>12</sup>. Es preciso mencionar que no existe una definición taxativa y preestablecida de “pueblos indígenas” en el Derecho Internacional, esto en vista de que determinar un significado exacto conllevaría el riesgo de que el mismo sea demasiado amplio o restrictivo, considerando la diversidad de poblaciones que puede existir en diferentes lugares del mundo<sup>13</sup>. De hecho, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Organización de Naciones Unidas concluyó que el término

9 *Ibíd.*, párr. 57-59.

10 Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 57.

11 Véase: Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Registro Oficial 206, 7 de junio de 1999); Declaración Americana sobre los *Derechos de los Pueblos Indígenas* (14 de junio de 2016); y, *Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas* (Registro Oficial 18, 15 de agosto de 2019).

12 CCE. *Sentencia 112-14-JH/21...*, párr. 46.

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], *Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párr. 25, <https://xurl.es/3l4cv>.

“pueblos indígenas” necesariamente involucra flexibilidad, respeto y el deseo y derecho de cada pueblo para autodefinirse<sup>14</sup>.

Pese a esto, existen criterios consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son relevantes para identificar a los pueblos indígenas. Por ejemplo, el mencionado Grupo de Trabajo de Naciones Unidas ha determinado que, entre los factores pertinentes para la comprensión del concepto “indígena” se encuentran:

- a) La prioridad en el tiempo por la que respecta (sic) a la ocupación y el uso de determinado territorio; b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no<sup>15</sup>.

Asimismo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, C169 de la OIT), precisa que su marco se aplica:

(...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la co-

lonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... [Además] La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio<sup>16</sup>.

Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNU DPI) reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación cultural; y, prescribe que los Estados tienen la responsabilidad de establecer mecanismos eficaces a fin de prevenir actos que promuevan su discriminación racial o étnica, o que afecten o menoscaben cualquiera de sus derechos, su integridad colectiva, o involucren alguna forma de integración forzada<sup>17</sup>.

Por otra parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DADPI), es específica respecto a los grupos en aislamiento voluntario y de contacto inicial, reconociendo de manera concreta que:

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer,

14 Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, *Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de “pueblos indígenas”*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párr. 66 y 68, <https://xurl.es/pb7dn>.

15 *Ibid.*, párr. 69.

16 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales [C169]. Registro Oficial 206, 7 de junio de 1999, arts. 1.1 (b) y 1.2.

17 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [DNU DPI]. Registro Oficial Edición Constitucional 60, 14 de agosto de 2018, art. 8

respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva<sup>18</sup>.

Ahora bien, los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, también conocidos como pueblos invisibles, libres u ocultos, son segmentos de pueblos indígenas que, como estrategia de supervivencia, rehúyen todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. La mayoría de estos pueblos habita en zonas de difícil acceso, selvas o bosques tropicales<sup>19</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) reconoce que los pueblos indígenas en aislamiento corren el riesgo de desaparecer por completo, teniendo en cuenta que en sus territorios existen recursos naturales de gran demanda internacional<sup>20</sup>; por ello, las amenazas contra sus tierras han ido en aumento por la presión de actividades -legales o ilegales- que involucran, tanto a las industrias extractivas y madereras, como de turismo y construcción de infraestructura<sup>21</sup>. En efecto, en el caso particular de análisis, se conoce que las actividades agrícolas y de extracción en los territorios que habitan las personas de nacionalidades Waorani, Tagaeri y Taromane se han acrecentado<sup>22</sup>.

De igual manera, se ha constatado la existencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario debido a la acción indirecta; es decir, a través de fotografías aéreas de sus asentamientos, visitas a campamentos desatendidos, artilugios abandonados o relatos de contacto obtenidos de otras poblaciones indígenas<sup>23</sup>. Su estrategia de rechazar el establecimiento de relaciones de interacción con miembros de la sociedad mayoritaria no indígena es una manera de garantizar su integridad física y sociocultural, debido a experiencias previas de contacto que mantuvieron sus ancestros con el mundo exterior, lo que trajo como consecuencia graves traumas en los mismos. Se estima que en Suramérica habitan la mayoría de pueblos en aislamiento voluntario, pertenecientes a distintas culturas; y son considerados como una de las poblaciones más vulnerables del planeta<sup>24</sup>.

Asimismo, la CIDH explica que el término “voluntario” realza la importancia del ejercicio de su libre autodeterminación de permanecer aislados, la misma que debe ser respetada. Sin perjuicio de lo mencionado previamente, los pueblos indígena

18 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [DADPI]. 14 de junio de 2016, art. 26.

19 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [ACNUDH]. *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*. Ginebra: OACNUDH, febrero 2021, párr. 8, [https://acnuhd.org/load/2019/07/015-Directrices-de-Proteccion-de-Pueblos-Indigenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Regi%C3%B3n-Amaz%C3%B3nica-el-Gran-Chaco-y-la-Regi%C3%B3n-Oriental-de-Paraguay.pdf](https://acnuhd.org/load/2019/07/015-Directrices-de-Proteccion-de-Pueblos-Indigenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Region-Amaz%C3%B3nica-el-Gran-Chaco-y-la-Regi%C3%B3n-Oriental-de-Paraguay.pdf).

20 CIDH. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 1 y 3, <https://xurl.es/hgsa7>.

21 Victoria Tauli-Corpuz, «Pueblos indígenas en aislamiento en el marco de los estándares internacionales», en *El último grito del jaguar: Memorias del I Congreso sobre pueblos indígenas aislados en la Amazonía ecuatoriana*, coord. por Ivette Vallejo y Ramiro Avila (Quito: Editorial Abya-Yala, 2017), 12.

22 CCE. *Sentencia 112-14-JH/21...*, párr. 75 (Informe pericial de Roberto Narváez, dentro de la causa 112-14-JH, 17).

23 ACNUDH, *Directrices de Protección...*, párr. 12.

24 Paola Carrera, «Prólogo», en *Pueblos Indígenas Aislados y en Contacto Inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*, ed. por Alejandra Adoum (Quito: Ministerio del Ambiente, 2010), 5-6, <https://xurl.es/kkc5m>.

en aislamiento voluntario no pueden ser considerados de manera absoluta como pueblos “no contactados”, dado que sus antepasados tuvieron contacto con personas ajenas a su comunidad; y estas experiencias, en su mayoría violentas, generaron como consecuencia su rechazo al contacto y reafirmaron su voluntad de aislamiento para las futuras generaciones<sup>25</sup>.

Por otro lado, los pueblos de contacto reciente o inicial son pueblos indígenas que abandonaron la situación de aislamiento para mantener un contacto intermitente con la población mayoritaria no indígena. Es importante destacar que el término “inicial” no hace referencia a un ámbito temporal, sino que más bien alude al escaso grado de interacción con la sociedad mayoritaria no indígena<sup>26</sup>. Precisamente, es por este motivo que los pueblos de contacto reciente todavía mantienen los efectos de desequilibrio causados por el proceso de contacto definitivo, especialmente en términos inmunológicos<sup>27</sup>. Otro resultado del contacto esporádico, es que los pueblos indígenas de reciente contacto no conocen con exactitud los patrones y códigos de relación que maneja la sociedad mestiza<sup>28</sup>, razón por la cual la interacción entre las poblaciones es compleja.

Es así que la CIDH explica la particularidad en la que se encuentran las personas de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y de contacto reciente, teniendo en consideración que éstos:

(...) son titulares de derechos humanos en una situación única de vulnerabilidad, y unos de los pocos que no pueden abogar por sus propios derechos. Esta realidad hace que asegurar el respeto a sus derechos cobre una importancia especial. Ante la imposibilidad de defender sus propios derechos, los Estados, organismos internacionales, integrantes de la sociedad civil, y otros actores en la defensa de los derechos humanos son quienes deben asegurar que sus derechos humanos sean respetados de la misma manera que los de todas y todos los habitantes de las Américas, tomando en cuenta las particularidades de su situación<sup>29</sup>.

Si bien los pueblos en aislamiento o de contacto reciente tienen una gran diversidad de nacionalidades, costumbres y modos de vida, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado tres características comunes que identifican a ambos grupos:

a) Son pueblos altamente integrados en los ecosistemas en los que habitan y de los cuales forman parte, manteniendo una estrecha relación de interdependencia con el medio ambiente en el que desarrollan sus vidas y su cultura. Poseen un profundo conocimiento de su medio ambiente, lo que les permite vivir de manera autosuficiente generación tras generación (...). b) Son pueblos que no conocen el funcionamiento de la sociedad mayoritaria y que, por lo tanto, se encuentran en una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad (...). c) Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extremada vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios (...), los procesos de contacto vienen acompañados de impactos drásticos en sus territorios que alteran irremediablemente sus relaciones con su medio ambiente y modifican, a menudo radicalmente, las formas de vida y las prácticas culturales de

<sup>25</sup> CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario...*, párr. 12-13.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 14.

<sup>27</sup> Paola Carrera, «Prólogo», 6.

<sup>28</sup> ACNUDH, *Directrices de protección...*, párr. 12.

<sup>29</sup> CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario...*, párr. 2.

estos pueblos. (...) ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas<sup>30</sup>.

De esta forma, queda en evidencia que tanto los pueblos indígenas en aislamiento, como los de contacto inicial, hacen uso de su derecho a la libre autodeterminación y eligen vivir apartados de la mayoría de la sociedad no indígena, como una estrategia de supervivencia de su cultura. Frente a esta decisión libre y voluntaria de no contacto, que los deja en extrema vulnerabilidad, la participación de los Estados es sumamente necesaria para garantizar el goce de sus derechos humanos fundamentales. Así también, se destaca que la gran mayoría de derechos de estos pueblos indígenas están íntimamente ligados con la protección a sus territorios y recursos naturales frente a la intrusión de terceros, pues la supervivencia de estas poblaciones depende de aquello<sup>31</sup>.

### **El concepto de interpretación intercultural en el ámbito jurisdiccional**

El reconocimiento del Estado Ecuatoriano como plurinacional e intercultural tiene implicaciones de orden social, cultural, jurídico, entre otras. La interrelación o diálogo que permite la interculturalidad en el campo del Derecho obliga a una comprensión de lo diverso, en razón de mantener en la justicia ordinaria ecuato-

riana la competencia material para juzgar determinados delitos, en los cuales estén involucradas personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas; o que sucedieren, de ser el caso, actos contrarios al orden jurídico nacional dentro de los territorios pertenecientes a estas comunidades o pueblos<sup>32</sup>.

En el ámbito del Derecho Penal y sus implicaciones en cuanto a la privación de la libertad, a más de considerar a la medida cautelar de prisión preventiva, por ejemplo, como de *ultima ratio*, la aplicación de medidas con incidencia en la libertad de personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas se encuentra supe- ditada a disposiciones de carácter internacional, como es el caso del C169 de la OIT, cuyo art. 10.2 al texto indica que, “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”<sup>33</sup>.

La actuación de juezas y jueces en el ámbito de las garantías jurisdiccionales como de la justicia ordinaria en general, constituye un continuo reto en la forma de repensar el Derecho por fuera de la concepción positivista; sin descuidar el respeto a la norma como forma de garantizar la seguridad jurídica. El acercamiento de estos Derechos, el indígena con fuerte raigambre cultural y consuetudinaria, y el denominado occidental, con base en la norma positivizada, permitirá propugnar una de las aristas que, conformando el Estado Constitucional de derechos y justicia, edifique la

<sup>30</sup> ACNUDH, *Directrices de protección...*, párr. 14

<sup>31</sup> Victoria Tauli-Corpuz, «Pueblos indígenas en aislamiento», 14.

<sup>32</sup> Rubén Calle Idrovo, «La interculturalidad como parámetro interpretativo en los delitos culturalmente motivados en Ecuador y Perú», *Gaceta Constitucional* Tomo 122 (2018): 153, <https://xurl.es/3mjfd>.

<sup>33</sup> C169: art. 10.2.

consolidación de una nación intercultural y plurinacional comprensiva de lo diverso<sup>34</sup>.

Para una interpretación intercultural, los operadores de justicia, en cualquier ámbito que se requiera, deberán actuar conforme a lo dispuesto por el art. 344.e) del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>35</sup>; es decir, no limitarse únicamente a efectuar una exégesis de la disposición legal porque ello se reduciría a simplemente atribuir significado a un determinado acto normativo revestido de generalidad. La interpretación intercultural del Derecho demandaría un ejercicio hermenéutico más complejo, que comprende actividades de reconstrucción del Derecho con la finalidad de maximizar principios constitucionales, como el de la interculturalidad y plurinacionalidad<sup>36</sup>.

A decir de la CCE en la sentencia 112-14-JH/21, estos principios -interculturalidad y plurinacionalidad-, resultan de especial interés en el ámbito de la justiciabilidad de los derechos constitucionales, llegando a ser el fundamento del reconocimiento, dentro de la CRE, de un catálogo específico de derechos colectivos a nacionalidades, pueblos y comunidades; encontrándose en el art. 10 de la CRE, en forma general,

el crear, desarrollar, aplicar y practicar su Derecho propio o consuetudinario con límite en los derechos constitucionales<sup>37</sup>; y, en forma concreta, en el art. 171 de la CRE que reconoce la justicia indígena.

En cuanto al ámbito material de aplicación de la justicia indígena, la CRE no lo determina específicamente; de ahí la importancia de contar, conforme lo indica el propio texto constitucional, con una ley que articule y mecanice la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria. De suyo y por el momento en el ámbito penal, la sentencia 113-14-SEP-CC ha fijado nuevamente la competencia material en manos de la justicia ordinaria en casos de delitos contra la vida, como son el asesinato, genocidio y femicidio.

En el Derecho comparado se observa que en Bolivia existe la denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional, en cuyo artículo 10.II.a se aparta del ámbito de competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina el juzgamiento de delitos como violación, asesinato u homicidio, dejando su solución en manos de la justicia ordinaria<sup>38</sup>.

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia, para el caso concreto de

<sup>34</sup> Cabe indicar sobre el concepto de “multiculturalidad” que es de construcción europeo-occidental y que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. El multiculturalismo liberal reconoce la presencia en la sociedad de culturas no eurocéntricas, en la medida en que operen únicamente en las comunidades que las adoptan y no interfieran con la cultura dominante en el resto de la sociedad. No es éste el multiculturalismo consagrado en la Constitución del Ecuador. El nuevo Estado plurinacional emergente y su componente intercultural no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas presentes en el Ecuador.

<sup>35</sup> Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009, art. 344.e).

<sup>36</sup> Rocío Villanueva Flores, «La interpretación intercultural en el Estado constitucional», *Revista Derecho del Estado* n.º 34 (2015): 296, <https://xurl.es/1v8rt>.

<sup>37</sup> Esta cuestión no es pacífica, pues es indudable que los derechos humanos son una creación occidental; con lo cual, se evidencia una concepción etnocentrista radicada en una visión occidentalizada, que descansa en los principios de igualdad, individualidad y libertad.

<sup>38</sup> Ley de Deslinde Jurisdiccional. Ley 073, 29 de diciembre de 2010, <https://xurl.es/andt1>.

la interpretación intercultural en materia jurídica, ha dado importantes pasos al formular “reglas de interpretación” a ser aplicadas cuando se presenten conflictos valorativos en la aplicación de ordenes jurídicos diversos; así, ha señalado de forma concreta lo siguiente:

1. A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas<sup>39</sup>.

En esa visión amplia y de afirmación de un pluralismo jurídico igualitario que no desconozca o subordine recíprocamente a los distintos sistemas jurídicos reconocidos constitucionalmente, emerge como factor coadyuvante la interpretación intercultural en el ámbito jurisdiccional. Esto acarrea que se dé la apertura necesaria de un diálogo intercultural en donde prime, como elemento de análisis en la resolución de los casos concretos, no sólo los derechos constitucionales individuales afectados, sino inclusive los derechos colectivos de los pueblos, nacionalidades y comunidades a los que pertenecen los individuos o grupos involucrados<sup>40</sup>.

En ese orden de ideas, en la sentencia 112-14-JH/21 la CCE determinó que el diálogo intercultural, teniendo como principal característica la igualdad, debe contar con las siguientes características<sup>41</sup>: 1) ser siempre de doble vía; 2) ser respetuoso de la autonomía indígena; 3) ser no solamente respetuoso sino además sensible a las diferencias; 4) contribuir a una adecuada coordinación entre los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas y el derecho estatal; y, 5) estar abierto a gestar medidas innovadoras. Adicionalmente, en la citada sentencia la Corte concibe a la interpretación intercultural del siguiente modo: “un proceso de determinación de disposiciones normativas, así como de costumbres y hechos con relevancia jurídica, definidos a partir del dialogo entre culturas diversas, en condiciones de igualdad”<sup>42</sup>.

### **La interpretación intercultural en la prisión preventiva de personas indígenas en aislamiento voluntario y contacto reciente**

En la sentencia 112-14-JH/21 la Corte fija parámetros específicos para la procedencia y aplicabilidad de la prisión preventiva sobre personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en especial aquellas de contacto reciente y aislamiento voluntario. En este sentido,

<sup>39</sup> Véase: Corte Constitucional de Colombia [CCC], *Sentencia T-254/94*, 30 de mayo de 1994.

<sup>40</sup> CCE. *Sentencia 112-14-JH/21*..., párr. 34-36

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 41.

la CCE insiste en que dicha medida cautelar es en general de carácter excepcional o de ultima ratio, y agrega que este mandato se torna aún más estricto en el caso de las personas en referencia<sup>43</sup>. Además, la Corte establece la necesidad de aplicar siempre el principio de interculturalidad<sup>44</sup>.

En este sentido, la CCE señala explícitamente que “El análisis de la privación de la libertad, debe necesariamente tener un carácter intercultural y en el caso de miembros de pueblos de reciente contacto, este análisis exige especial atención. Esto implica que la autoridad judicial que conoce la acción de hábeas corpus verifique la comprensión intercultural”<sup>45</sup>.

Según la propia Corte, el concepto de comprensión intercultural debe manifestarse en dos vías: 1) respecto a la persona procesada, a fin de verificar si comprende la institución occidental de la prisión preventiva, lo que implica adoptar todas las medidas necesarias para hacer comprensibles los motivos, fines y efectos de dicha medida; y, 2) respecto de la jueza o juez penal, con el propósito de que realice todos los esfuerzos para comprender la cultura, costumbres y el Derecho indígena respectivo, y desde dicha comprensión valorar la pertinencia de la privación de libertad como medida cautelar<sup>46</sup>. En igual sentido, la Corte enfatiza que la interpretación y comprensión intercultural en general, y

respecto a la aplicación de la prisión preventiva en particular, requiere de una adecuada coordinación y diálogo entre la justicia ordinaria y las autoridades indígenas<sup>47</sup> que, como se indicó anteriormente, exige condiciones de igualdad y ser de doble vía.

Al respecto, se debe destacar que una de las cuestiones más relevantes determinadas por la Corte en este aspecto tiene que ver con las consecuencias prácticas a nivel jurídico. En efecto, en la sentencia en comento la CCE ha establecido que la omisión de las juezas y jueces penales de aplicar una interpretación intercultural al momento de decidir la imposición de un orden de prisión preventiva a personas pertenecientes a pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas -en particular aquellas de contacto reciente-, conlleva la arbitrariedad de la decisión<sup>48</sup>.

Evidentemente, la arbitrariedad de una decisión jurisdiccional acarrea su nulidad, derivada de su directa afectación a derechos constitucionalmente protegidos. Sobre este punto, la CCE cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), que ha manifestado que “la arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional tiene un contenido jurídico propio, cuyo análisis sólo es necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales”<sup>49</sup>. Sobre esta cuestión, ha señalado también el citado organismo

43 *Ibid.*, párr. 159.

44 *Ibidem*.

45 *Ibid.*, párr. 138.

46 *Ibid.*, párr. 139.

47 *Ibid.*, párr. 146.

48 *Ibid.*, párr. 152.

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo,

interamericano que, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”<sup>50</sup>.

De esto se desprende que, en general, la arbitrariedad de una prisión preventiva no presupone su ilegalidad, sino más bien lo opuesto. Es decir, que la jueza o juez de la causa debe, en primer lugar, verificar si la solicitud de prisión preventiva formulada por la o el agente Fiscal cumple con los requisitos formales contemplados en el Código Orgánico Integral Penal<sup>51</sup>; y, a continuación, examinar si la aplicación de dicha medida se ajustaría a los parámetros constitucionales de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto se aplica de manera general a cualquier persona procesada penalmente, y así lo ha determinado también la Corte IDH en su jurisprudencia<sup>52</sup>.

Como se dijo anteriormente, este escrutinio elemental se torna aún más riguroso en el caso de personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y más aún si se trata de grupos de contacto reciente. En tal sentido, la CCE ha

incorporado en el examen de potencial arbitrariedad común a toda decisión de prisión preventiva, la obligación de efectuar una interpretación intercultural, conforme a los parámetros fijados en la sentencia 112-14-JH/21.

El concepto de interpretación intercultural en la toma de decisiones judiciales ha sido ya propugnado y debatido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y comparada. Es así que anteriores conformaciones de la propia CCE han aludido a esta noción, concibiéndola como “la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas”<sup>53</sup>. En ese mismo fallo, la Corte incorporó la necesidad de considerar principios como el de “comunidad histórica”, “diversidad cultural” e “interculturalidad”<sup>54</sup>.

En el Derecho comparado, como ya se indicó anteriormente, la Corte Constitucional de Colombia ha sido pionera sobre esta materia, y en reiterada jurisprudencia ha desarrollado criterios para facilitar un adecuado intercambio intercultural entre los diversos sistemas jurídicos. De igual manera, son pertinentes los criterios vertidos

Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 62.

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 146.

<sup>51</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 312.

<sup>53</sup> CCE. *Sentencia 0008-09-SAN-CC*, 9 de diciembre de 2009, 27; CCE. *Sentencia 004-14-SCN-CC*, 6 de agosto de 2014, 19.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

por el Tribunal Constitucional boliviano que, haciendo referencia al marco normativo y contextual de dicho país, ha sostenido lo siguiente:

(...) La justicia constitucional y las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial, en el marco del pluralismo, están obligadas a interpretar el derecho a partir del propio contexto de la nación y pueblo indígena originario correspondiente. La interpretación plural del derecho puede ser comprendida desde una perspectiva general, vinculada a la consideración de los principios, valores, normas, procedimientos de los pueblos indígenas cuando se encuentren como demandantes, demandados, recurrentes, recurridos, etc., ante las diferentes autoridades administrativas o judiciales de las diferentes jurisdicciones previstas en la Constitución... también en el ámbito sustantivo, considerar la forma en que dichas naciones y pueblos indígena originario campesinos, conciben el hecho o acto que está siendo sometido a controversia, para en su caso, establecer los correctivos necesarios en la aplicación del derecho, que es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito penal, donde, de acuerdo al art. 391 del Código de Procedimiento Penal (CPP), cuando un miembro de una nación o pueblo indígena originario campesino sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, tanto los fiscales como los jueces deben estar asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas y que antes de dictarse sentencia, éste debe elaborar un dictamen a los “efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal...” o en su caso, desde una interpretación plural extensiva y favorable, a efecto que pueda ser juzgado en su propia comunidad, según sus normas y procedimientos propios<sup>55</sup>.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional del Perú ha considerado la relación entre los diversos valores cultura-

les presentes en la sociedad de dicho país, y los ha demarcado en conformidad con la Constitución. Concretamente, dicho tribunal ha manifestado lo siguiente:

(...) Esta perspectiva social que la Constitución otorga a la persona humana, permite, por otro lado, afirmar que la Constitución no sólo es *ratio*, sino también *emotio*. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional” que es también inherente a su naturaleza. Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente<sup>56</sup>.

En la doctrina especializada también se han desarrollado criterios relacionados con la interpretación intercultural y, más específicamente, sobre su vinculación con la toma de decisiones en el ámbito jurisdiccional. Así, por ejemplo, el autor ecuatoriano Vicente Manuel Solano, tras efectuar un análisis de la jurisprudencia constitucional nacional y comparada, concluye que el “argumento interpretativo intercultural” se compone de los siguientes elementos<sup>57</sup>: 1) reconocimiento de diversos sistemas de Derecho que serían *prima facie* jerárquicamente iguales; 2) lectura de los hechos y normas a la luz de la diversidad cultural; 3) corresponde su aplicación en materia penal, previa consideración de los principios interculturales; y, 4) su aplicación puede

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. *Sentencia 0572/2014*, 10 de marzo de 2014.

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente No. 0042-2005-AI/TC*, Resolución de 13 de abril de 2005, 8.

<sup>57</sup> Vicente Manuel Solano Paucay, «El argumento interpretativo intercultural en la Corte Constitucional», *Revista Killkana Sociales* n.º 2(4) (2018): 37, <https://xurl.es/ugghx>.

ser conexas con la del principio *pro comunis*.

De manera similar, el académico Digno Montalván Zambrano en su estudio de la jurisprudencia ecuatoriana y boliviana, afirma que “una interpretación intercultural en la justicia constitucional solo es posible si en su argumentación se integran los postulados clásicos del derecho y aquellos provenientes del derecho indígena de forma igualitaria”<sup>58</sup>. Igualmente, la autora peruana Rocío Villanueva Flores, aludiendo al contexto de su país, sostiene con mayor profusión lo siguiente:

(...) en virtud del principio de interpretación intercultural los jueces al aplicar o dotar de contenido a los principios y reglas en casos que afecten a los indígenas o a las propias comunidades, deben considerar elementos de la diversidad cultural como sus cosmovisiones, conocimiento, costumbres, normas y procedimientos propios. Se trata de que la interculturalidad opere de ida y vuelta, es decir, no solo de que el derecho estatal (p. ej., los derechos fundamentales) sea tomado en cuenta por las comunidades indígenas, sino de que las normas y prácticas indígenas sean también consideradas por los jueces de la república de los distintos niveles<sup>59</sup>.

En este sentido, resultan también pertinentes los criterios de la catedrática española Ángeles Solanes Corella, cuando indica que:

Frente a la diversidad cultural el papel del Derecho debe servir para equilibrar los criterios democráticos, concebidos en principio como regla de la mayoría, utilizando medidas correc-

tivas que permitan adaptaciones que remarquen la dimensión pluralista. La interpretación flexible de las normas con nuevas fórmulas e instrumentos jurídicos es imprescindible, aunque su alcance sea objeto de debate permanente<sup>60</sup>.

Todos estos criterios guardan consonancia con los parámetros fijados por la CCE, respecto a que las autoridades judiciales que conocen de un proceso penal en el que se halla inmersa una persona perteneciente a una comunidad o nacionalidad indígena, deben entablar un diálogo intercultural; esto es, ser sensibles a la cosmovisión diversa de esa persona, y aplicar las medidas previstas en el ordenamiento jurídico con base en una interpretación no necesariamente correspondiente con el tradicional formalismo jurídico.

### **Criterios para hábeas corpus en casos de personas indígenas en aislamiento voluntario y contacto reciente**

A través de la sentencia 112-14-JH/21, la Corte estableció parámetros de obligatorio cumplimiento para la sustanciación y resolución por parte de las juezas y jueces constitucionales de las acciones de hábeas corpus en casos de personas indígenas en aislamiento voluntario y contacto reciente. Los criterios expuestos descansan en aspectos como la plurinacionalidad, la interculturalidad, el principio de no contacto de los pueblos en aislamiento voluntario, la proscripción de la privación de la libertad, entre otros. En todo caso, los

58 Digno Montalván Zambrano, «El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia», *Revista Ratio Juris* n.º 14(29) (2019): 181, <https://xurl.es/4b845>.

59 Rocío Villanueva Flores, «La interpretación intercultural», 300.

60 Ángeles Solanes Corella, «La interculturalidad por medio del derecho», en *Justicia e interculturalidad. Análisis y pensamiento plural en América y Europa*, coord. por Marianella Ledesma Narváez (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2018): 769, <https://xurl.es/oocux>.

parámetros a observar por parte de las autoridades judiciales para los procesos de hábeas corpus se derivan de las disposiciones constitucionales, instrumentos internacionales de derechos humanos, y los criterios que se desarrollan en la jurisprudencia constitucional (por medio de obligaciones específicas y comunes).

Un primer aspecto es la aplicación de normas procedimentales e instrumentos internacionales en atención al principio de interculturalidad y plurinacionalidad, tales como los anteriormente mencionados: Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; los cuales, al formar parte del bloque de constitucionalidad por remisión de la CRE, generan obligaciones para las autoridades judiciales y administrativas de observar irrestrictamente las disposiciones en ellos contenidos.

En cuanto a actuaciones concretas por parte de juezas y jueces al momento de disponer limitaciones a la libertad (como la prisión preventiva) dentro de procesos penales a personas pertenecientes a pueblos, comunidades o nacionalidades indígenas, la Corte en la sentencia 112-14-JH/21 se refiere de forma general al diálogo intercultural directo, y establece algunas directrices para su operatividad, que incluyen, entre otros aspectos<sup>61</sup>: visitas *in situ*; diálogo con autoridades indígenas y la

comunidad; mesas de diálogo; audiencias; uso de material bibliográfico, documental o audiovisual con calidad investigativa y académica; práctica de peritajes antropológicos y sociológicos o afines; e, inclusión de traductores.

A ello se suma la verificación de actuaciones que deben existir en el proceso penal y que constituyen requisito sine qua non para la potencial procedencia de una orden de prisión preventiva a una o más personas pertenecientes a pueblos en reciente contacto, y que deben incluir:

- i) Diálogo intercultural con las autoridades indígenas; ii) análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva conjuntamente con las autoridades indígenas, incluyendo las razones por las cuales no se aplican las medidas alternativas; y, iii) carga argumentativa mayor de la justificación de la prisión preventiva, teniendo en cuenta la pertenencia de los procesados a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena de reciente contacto<sup>62</sup>.

Asimismo, en los procesos penales seguidos contra dichas personas se debe dar prioridad a medidas tales como la de quedar bajo vigilancia de las autoridades indígenas del pueblo o nacionalidad al cual pertenezcan. De verificarse la ausencia o incumplimiento de estos requisitos no se cumpliría con el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y procedería la acción de hábeas corpus, debiendo ordenarse en consecuencia la inmediata libertad y la disposición de medidas alternativas a la privación de la libertad<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, párr. 96-98.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, párr. 161.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, párr. 161, 162 y 254-5.

La sentencia en referencia recalca la importancia, en caso de existir las condiciones adecuadas, de que la audiencia de hábeas corpus y demás reuniones con las autoridades y miembros de los pueblos y nacionalidades tengan lugar en el territorio de la correspondiente comunidad indígena<sup>64</sup>. Otros criterios específicos que se desarrollan en la sentencia se relacionan con que en ningún caso podrá dictarse una orden de prisión preventiva en contra de los miembros de pueblos en aislamiento voluntario, al no ser compatibles con el principio de no contacto que la CRE reconoce expresamente<sup>65</sup>. En atención a preservar una mayor conservación de los usos y costumbres de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, la autoridad judicial que conoce de un hábeas corpus o de la causa penal principal debe adoptar medidas alternativas a la prisión preventiva con enfoque etario y de género, que respeten la cosmovisión de la persona indígena y de su cultura<sup>66</sup>.

Si luego de agotarse las posibilidades de no aplicación -acompañada de la verificación de los parámetros arriba indicados-, llegare de todos modos a considerarse necesaria la privación de la libertad, ésta deberá ser aplicada de forma étnica y culturalmente diferenciada. Esto significa que las autoridades competentes deberán dictar medidas orientadas a identificar y proteger los valores y expresiones que diferencian a los integrantes de los pueblos,

nacionalidades y comunidades indígenas de la población en general, y que conforman su identidad étnica y cultural<sup>67</sup>.

Al respecto, las obligaciones estatales frente a la persona privada de libertad incluyen, entre otras, las siguientes: i) adopción de medidas a fin de que la privación de la libertad no anule o menoscabe sus derechos colectivos; ii) erradicación de prácticas discriminatorias; iii) elaboración e implementación de protocolos efectivos para una atención de las necesidades especiales de las personas indígenas; iv) brindar información en su idioma sobre la normativa a la que está sujeta en el centro de privación de libertad y los derechos que le asisten; v) brindar la correspondiente atención médica y psicológica que se adecue a sus costumbres; vi) generar oportunidades culturales para propiciar el desarrollo de actividades orientadas a su inserción social; vii) garantizar progresivamente la infraestructura adecuada; viii) garantizar el acceso a una justicia intercultural; y, ix) garantizar la privación de libertad en aquellos centros más cercanos a sus comunidades<sup>68</sup>.

## Conclusión

La sentencia 112-14-JH/21 se erige como una de las más notables resoluciones emitidas por la CCE en tiempos recientes. Se trata de una decisión a través de la cual se ha sentado una serie de pa-

64 *Ibíd.*, párr. 254.6.

65 *Ibíd.*, párr. 254.10.

66 *Ibíd.*, párr. 254.12 y 254.13.

67 *Ibíd.*, párr. 254.18.

68 *Ibíd.*, párr. 254.19.

rámetros respecto a la privación de libertad de personas pertenecientes a pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, especialmente a aquellas de pueblos en aislamiento voluntario y contacto reciente. En este sentido, la Corte ha enfatizado que la privación de libertad de personas indígenas en aislamiento se encuentra totalmente proscrita; mientras que, para el caso de aquellas de contacto reciente, la excepcionalidad característica de la prisión preventiva adquiere aún más rigurosidad. Es así que, conforme a lo señalado por la CCE, las y los jueces penales están obligados en estos casos a efectuar una interpretación intercultural, conforme a los estándares desarrollados en la sentencia en comento. De lo contrario, la decisión se tornaría arbitraria y podría ser revocada a través de un hábeas corpus, para lo cual la Corte también ha fijado criterios vinculantes. El presente artículo ha pretendido acentuar los principales aspectos de este fallo tan relevante, para lo cual se ha tenido en cuenta lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada.

## Bibliografía

### Doctrina

Calle Idrovo, Rubén. «La interculturalidad como parámetro interpretativo en los delitos culturalmente motivados en Ecuador y Perú». *Gaceta Constitucional* Tomo 122 (2018): 153-163, <https://xurl.es/3mjfd>.

Carrera, Paola. «Prólogo». En *Pueblos Indígenas Aislados y en Contacto Inicial*

en la Amazonía y el Gran Chaco, editado por Alejandra Adoum, 4-6. Quito: Ministerio del Ambiente, 2010. <https://xurl.es/kkc5m>.

Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas. *Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblos indígenas"*. E/CN-4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996. <https://xurl.es/pb7dn>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009. <https://xurl.es/3l4cv>.

— *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013. <https://xurl.es/hgsa7>.

Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Proyecto de Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco*. A/HRC/EMRIP/2009/6, 30 de junio de 2009. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/144/47/PDF/G0914447.pdf?OpenElement>

- Montalván Zambrano, Digno. «El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia». *Revista Ratio Juris* n.º 14(29) (2019): 147-186. <https://xurl.es/4b845>.
- Oficina del Auto Comisionado para los Derechos Humanos. Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay. Ginebra: OAC-NUDH, febrero 2021. <https://acnudh.org/load/2019/07/015-Directrices-de-Proteccion-para-los-Pueblos-Indigenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Region-Amazonica-el-Gran-Chaco-y-la-Region-Oriental-de-Paraguay.pdf>.
- Solanes Corella, Ángeles. «La interculturalidad por medio del derecho». En *Justicia e interculturalidad. Análisis y pensamiento plural en América y Europa*, coordinado por Marianella Ledesma Narváez, 765-800. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2018. <https://xurl.es/oocux>.
- Solano Paucay, Vicente Manuel. «El argumento interpretativo intercultural en la Corte Constitucional». *Revista Killkana Sociales* n.º 2(4) (2018): 33-38. <https://xurl.es/ugghx>.
- Tauli-Corpuz, Victoria “Pueblos indígenas en aislamiento en el marco de los estándares internacionales”. En *El último grito del jaguar: Memorias del I Congreso sobre pueblos indígenas aislados en la Amazonía ecuatoriana*, coordinado por Ivette Vallejo y Ramiro Avila, 11-39. Quito: Editorial Abya-Yala, 2017.
- Villanueva Flores, Rocío. «La interpretación intercultural en el Estado constitucional». *Revista Derecho del Estado* n.º 34 (2015): 289-310. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n34/n34a13.pdf>.
- Normativa:**
- Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Registro Oficial 206, 7 de junio de 1999.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14 de junio de 2016. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Registro Oficial Edición Constitucional 60, 14 de agosto de 2018.

Ley de Deslinde Jurisdiccional. Ley 073, 29 de diciembre de 2010, <https://xurl.es/and1>.

### Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-254/94*, 30 de mayo de 1994.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0008-09-SAN-CC*, 9 de diciembre de 2009.

— *Sentencia 004-14-SCN-CC*, 6 de agosto de 2014.

— *Sentencia 388-16-EP/21*, 23 de junio de 2021.

— *Sentencia 112-14-JH/21*, 21 de julio de 2021.

Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

— *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

— *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente No. 0042-2005-AI/TC*, Resolución de 13 de abril de 2005.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. *Sentencia 0572/2014*, 10 de marzo de 2014.

# Devolución impropia y encubierta en el contexto de vulneración al derecho a la salud de personas y niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio

Byron Villagómez Moncayo <sup>1</sup>,  
Rubén Calle Idrovo <sup>2</sup> y Valeria Garrido Salas <sup>3</sup>

Cómo citar: Moncayo Villagómez, Byron, Calle Idrovo, Rubén y Garrido Salas, Valeria (2022). Devolución impropia y encubierta en el contexto de vulneración al derecho a la salud de personas y niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio. *IUS Constitutionale*, 3, 133-148. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

En este artículo se revisan aspectos relacionados con la jurisprudencia vinculante que desarrolló la Corte Constitucional respecto a varios derechos sociales de personas solicitantes de refugio en el Ecuador. De esta manera, se examinan las categorías de devolución impropia y encubierta; y se analiza el alcance de la garantía de los derechos a la salud, igualdad y no discriminación y unidad familiar de personas solicitantes de asilo o refugio, es decir en situación de movilidad humana; haciendo una referencia especial a los principios de no devolución e interés superior de niños, niñas y adolescentes, que tienen reconocimiento constitucional y se aplican a grupos de atención prioritaria.

## Palabras clave:

Movilidad humana, personas refugiadas, derecho a la salud, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la unidad familiar, principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes (INNA), principio de no devolución.

<sup>1</sup> 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 (Estados Unidos), Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es Coordinador Técnico de Investigación del CEDEC de la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>2</sup> Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca. En la actualidad funcionario del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador con el cargo de Especialista Constitucional Académico.

<sup>3</sup> 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 y colaboradora en la revista de Derecho Constitucional IUS CONSTITUTIONALE.

## Introducción

El 25 de agosto de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia 983-18-JP/21, mediante la cual desarrolló jurisprudencia vinculante respecto a los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y no discriminación, unidad familiar, tutela judicial efectiva y reparación integral de personas en condición de movilidad humana. El caso seleccionado, que se desarrolló a partir de mayo de 2015, involucraba a una familia de nacionalidad colombiana que presentó una solicitud de protección internacional humanitaria en el Ecuador, debido al conflicto armado que se suscitaba en su país<sup>4</sup>.

La familia solicitante de asilo se conformaba por una pareja y dos hijos; dado que buscaban alcanzar el reconocimiento del estatus de refugiados, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador les extendió un certificado de solicitantes de refugio mientras se resolvía su petición<sup>5</sup>. Un mes después de la extensión de dicho certificado, la madre, quien tenía ocho meses de gestación de su tercer hijo, acudió hasta el Subcentro de Salud Sur de Tulcán para realizarse un control prenatal. Durante su cita médica, presentó ante el equipo sanitario que la atendió el registro de nueve controles médicos previos. A pesar de aquello, el Subcentro de Salud ordenó la práctica de varios exáme-

nes de laboratorio, incluyendo la prueba de COOMBS directa que analiza la compatibilidad sanguínea de la madre con el bebé. Las muestras de los exámenes se tomaron en el Hospital General Provincial de Tulcán “Luis G. Dávila” (en adelante, HLGD)<sup>6</sup>.

En la historia clínica de la madre afectada consta el registro de la entrega de los resultados de los exámenes de laboratorio cuatro días después del control médico; se especifica que la paciente no deseaba ser referida; sin embargo, no se ha verificado la existencia de un informe con el detalle de la interpretación de los resultados, ni una manifestación de consentimiento de la mujer sobre la decisión de no ser referida<sup>7</sup>. Dos días después de la entrega de resultados, la paciente ingresó al HLGD para que se atiende su parto. Una vez nacido su hijo, el personal médico informó a la pareja progenitora cuatro diagnósticos diferentes y contradictorios respecto al cuadro clínico del recién nacido, por lo que solicitaron realizar nuevas pruebas de laboratorio. Después de cuatro horas de su nacimiento, el personal médico aseguró a los padres que el bebé presentaba un desequilibrio hemodinámico causado por la incompatibilidad sanguínea con su madre<sup>8</sup>, diagnóstico que coincidía con los resultados de la prueba COOMBS directa practicada en los controles prenatales previos, tanto en los centros de salud de Colombia, como en el HLGD de Ecuador.

4 Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 983-18-JP/21*, 25 de agosto de 2021, párr. 10.

5 *Ibid.*, párr. 11.

6 *Ibid.*, párr. 12-13.

7 *Ibid.*, párr. 14.

8 *Ibid.*, párr. 16-17.

Con el diagnóstico definitivo, el personal médico informó a los padres que el recién nacido necesitaba un tratamiento de urgencia<sup>9</sup>, que no podía ser realizado en el HLGD debido a la carencia de insumos médicos y biológicos para su ejecución<sup>10</sup>. Es así que, se propusieron cuatro alternativas a los padres del recién nacido para que éste reciba la atención médica de emergencia: i) pagar USD \$150 por cada pinta de sangre requerida para el bebé; ii) pagar la transportación del concentrado de sangre disponible en el Hospital “San Vicente de Paúl” en la ciudad de Ibarra, puesto que la unidad médica carecía de una ambulancia; iii) que los padres y su hijo se trasladen hacia la localidad de Ipiales, en Colombia, para que el recién nacido reciba el tratamiento adecuado; o, iv) que se traslade al recién nacido, sin acompañantes, en una ambulancia a un hospital en Ipiales<sup>11</sup>.

Dentro de este contexto, los padres del bebé recordaron al personal del HLGD que eran solicitantes de refugio y que no podían regresar a territorio colombiano pues su vida e integridad personal estarían en riesgo en caso de hacerlo; inclusive, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) se puso en contacto con las autoridades del HLGD para explicar su condición migratoria<sup>12</sup>. Debido a que los padres del recién nacido se negaron a aceptar las alternativas pro-

puestas, la Dirección Nacional de la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes intentó hacerles firmar un documento para que asuman la responsabilidad de los eventuales daños ocasionados en la salud del niño por no recibir la atención médica de urgencia<sup>13</sup>. En contraste, la Defensoría del Pueblo (en adelante, DPE) se acercó a las instalaciones del HLGD para recibir una respuesta motivada sobre la falta de atención médica para el recién nacido. La contestación recibida por el funcionario de la DPE fue que no existía respuesta de la red pública de salud y que la mejor opción era que el bebé fuera trasladado a Colombia<sup>14</sup>. Un día después de haber nacido, el niño falleció sin haber recibido la atención médica de emergencia que requería<sup>15</sup>.

El presente artículo analizará la sentencia 983-18-JP/21, por medio de la cual la CCE llevó a cabo un análisis de la vulneración de: los derechos a la vida, salud, igualdad y no discriminación, unidad familiar, tutela judicial efectiva, y reparación; y a los principios de interés superior de las niñas, niñas y adolescentes (en adelante, ISNNA), y de no devolución de personas en condición de movilidad humana y sus familias. Para el efecto, en la primera sección se examinará la conceptualización de devolución impropia y encubierta formulada por la CCE. Luego, se analizará el alcance del derecho a la salud para las personas en situación de

9 Cfr. Los médicos sugerían una exanguinotransfusión total de sangre, procedimiento que requiere de sangre total reconstituida y transfusión de glóbulos rojos para tratar el desequilibrio hemodinámico. Información disponible en la *Sentencia 983-18-JP/21* y en la Historia Clínica No. 135110 del HLGD.

10 CCE. *Sentencia 983-18-JP/21...*, párr. 18

11 *Ibid.*, párr. 14.

12 *Ibid.*, párr. 21-23.

13 *Ibid.*, párr. 24.

14 *Ibid.*, párr. 25.

15 *Ibid.*, párr. 26.

movilidad humana, y solicitantes de asilo o refugio. Seguidamente, se revisarán los derechos a la igualdad y no discriminación y a la unidad familiar en el contexto de la devolución impropia y encubierta de personas en situación de movilidad humana. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

### Conceptualización de la devolución impropia y encubierta

En la sentencia 983-18-JP/21, la Corte se ha referido a los conceptos de devolución impropia y encubierta. Se trata de dos nociones bastante novedosas que le han permitido a la CCE abordar el caso concreto desde una perspectiva más amplia e integral. En este sentido, vale la pena citar las definiciones de las categorías de devolución formuladas por la Corte, a saber<sup>16</sup>:

- a) **Directa:** Cuando la persona migrante es enviada hacia un Estado en el que existe la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución;
- b) **Indirecta:** Cuando la persona migrante es trasladada hacia un Estado desde donde puede ser retornada al país en donde sufre dicho riesgo;
- c) **Forma:** Cuando la devolución se ha ordenado mediante un acto administrativo o judicial del respectivo Estado;
- d) **Encubierta:** Cuando la salida forzosa de la persona migrante resulta de acciones u omisiones de dicho Estado, o de situaciones en que ese Estado

apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos, con miras a provocar la salida de personas de su territorio;

e) **Impropia:** Cuando está dirigida hacia aquellos nacionales que forman parte del núcleo familiar de la persona migrante, o que se encuentran bajo su cuidado o custodia.

De esta manera, la CCE ha establecido una serie de criterios jurisprudenciales acerca de las diversas categorías de devolución que pueden identificarse en la actuación del Estado frente a personas migrantes y solicitantes de refugio. Además, sobre la devolución impropia, la Corte ha agregado que este tipo de devolución,

(...) Suele tener como objetivo el obligar al migrante a que abandone el territorio del Estado receptor, a fin de evitar o cesar cualquier amenaza o violación a la integridad física o a la vida que puedan sufrir en ese otro país sus familiares o las personas que están sujetas a su cuidado como consecuencia del vínculo personal que mantienen con él<sup>17</sup>.

En este sentido, las devoluciones encubierta e impropia se caracterizan por su naturaleza soslayada o disimulada, ya que no se instrumentalizan a través de actos o hechos administrativos explícitos, sino mediante acciones u omisiones indirectas.

La importancia práctica de esta conceptualización se vincula con el principio de no devolución, que constituye norma de *ius cogens* y que ha sido concebido de la siguiente manera:

<sup>16</sup> CCE. Sentencia 983-18-JP/21..., párr. 374-376.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 376.

Prohibición impuesta a los Estados por el Derecho Internacional de expulsar o devolver a una persona al territorio de cualquier país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazadas, o en el que pudiera sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos fundamentales<sup>18</sup>.

En este sentido, también se ha destacado sobre el principio de no devolución que:

Si bien generalmente se admite que la norma que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, y como tal obligatoria para todos los Estados de la comunidad internacional, la norma ha sido también plasmada en diversos tratados internacionales<sup>19</sup>.

Entre esos instrumentos se encuentra, en primer lugar, la Convención de Ginebra de 1951<sup>20</sup>, que en su art. 33 recoge expresamente este principio en su sentido más clásico. Asimismo, este principio se encuentra reconocido y garantizado expresamente en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes<sup>21</sup> (art. 3). A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>22</sup> (en adelante, CADH) también reconoce explícitamente este principio (art. 22.8). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en

adelante, Corte IDH), ha enfatizado que este principio “constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y solicitantes de asilo”<sup>23</sup>, habiendo sido reconocido “como una norma consuetudinaria de Derecho Internacional vinculante para todos los Estados”<sup>24</sup>. Agrega el citado organismo interamericano, de manera específica, lo siguiente:

(...) A partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de la tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*<sup>25</sup>.

En tal virtud, es obligación del Estado respetar y hacer cumplir el principio de no devolución en todas aquellas circunstancias o instancias en que el retorno de una persona a determinado país pueda poner

<sup>18</sup> Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, *Diccionario de Asilo*, s. v. «Principio de no devolución», <https://xurl.es/4gyfh>.

<sup>19</sup> María Teresa Gil Bazo, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, s. v. «Non-refoulement – no devolución», <https://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157>.

<sup>20</sup> Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Suiza el 28 de julio de 1951, <https://xurl.es/jwiwt>.

<sup>21</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Suplemento del Registro Oficial 153, 25 de noviembre de 2005.

<sup>22</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Opinión Consultiva OC-25/18*, 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 179.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 181.

en riesgo su vida, libertad o integridad. Comprendido e implementado con un enfoque amplio, este principio conduce a que cualquier acto u omisión que directa o indirectamente, explícita o encubiertamente pueda vulnerarlo, sea proscrito y considerado ilegítimo constitucionalmente.

En este sentido, la Corte también adopta un criterio amplio en lo concerniente al ámbito de aplicación del principio de no devolución. Es así que, a partir de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), en concordancia con los arts. 66.14 íbidem y 22.8 de la CADH, la CCE determina que, el mentado principio no protege únicamente a personas solicitantes de asilo o refugiadas, sino a cualquier persona “sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate”<sup>26</sup>.

Una concepción amplia del principio de no devolución, y por consiguiente del concepto mismo de devolución, fue ya recogida por la Mesa redonda de expertos organizada en Cambridge por ACNUR en julio de 2001. Específicamente, entre las conclusiones adoptadas por dichos expertos, se encuentra lo siguiente:

El principio de no-devolución consagrado en el artículo 33 [de la Convención de 1951], cubre cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo

de persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera, o devolución indirecta (...) La imputación al Estado de conductas que equivalgan a la devolución se determinará según los principios de derecho sobre responsabilidad Estatal. La responsabilidad legal internacional de actuar de conformidad con las obligaciones internacionales, donde quiera que puedan surgir, es la consideración primordial<sup>27</sup>.

De esto se desprende que en la referida sentencia 983-18-JP/21, la CCE no hizo sino discernir y determinar la responsabilidad estatal a partir de las normas y estándares internacionales que informan la aplicación y vigencia del principio de no devolución. En tal sentido, la especificación y el desarrollo de las definiciones y conceptos mencionados al inicio de esta sección permiten contar con parámetros claros y precisos para identificar cualquier tipo de vulneración al principio en cuestión, verificada por todo tipo de acto u omisión de agentes estatales. En el caso concreto del fallo en liza, la Corte consideró específicamente las implicaciones del derecho a la salud, igualdad y no discriminación, y unidad familiar frente al principio de no devolución.

### **Derecho a la salud de personas y NNA solicitantes de asilo y/o refugiadas**

Como se ha mencionado en artículos anteriores, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos es un estándar común del Derecho Internacional que pretende amparar a todas las per-

<sup>26</sup> CCE. *Sentencia 983-18-JP/21*..., párr. 228. Ver también: *Sentencia 897-11-JP/20*, 12 de agosto de 2020, párr. 73.

<sup>27</sup> Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson, ed., *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (Barcelona: Icaria Editorial, 2010), 198, <https://xurl.es/caw7x>.

sonas, a fin de que sean tratadas en igualdad de condiciones y sin discriminación. En este sentido, los Estados que ratifican un instrumento internacional tienen la obligación de respetar, garantizar y promover el goce de los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas, sin distinción alguna, para hacer efectiva la protección a la dignidad humana. Tomando como referencia a los derechos de las personas refugiadas, destaca como normativa la Convención sobre el Estatuto de Refugiados que desarrolla el marco jurídico de protección internacional de personas que, por diversas circunstancias, no pueden contar con la protección del Estado de su nacionalidad. Este instrumento es claro y enfático respecto a la prohibición de los Estados parte de imponer sanciones penales por la irregularidad de personas que buscan refugio, y también prohíbe la expulsión y devolución de las mismas a un lugar donde su vida o libertad corra peligro<sup>28</sup>.

Paralelamente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se adoptó, en 1984, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados que incluye recomendaciones sobre el estándar mínimo del tratamiento humanitario que merecen las personas que solicitan protección internacional<sup>29</sup>. Por otra parte, con referencia al

derecho a la salud, el Protocolo de San Salvador dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico mental y social. 2. los Estados Partes se comprometen a reconocer a la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: (...) f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables<sup>30</sup>.

Vale la pena recalcar que dentro de los grupos de alto riesgo y vulnerabilidad se encuentran los solicitantes de asilo o refugio, pues no cuentan con el respaldo o protección del Estado de su nacionalidad y por ello recurren a la protección internacional. Específicamente, en el caso de las personas que buscan asilo, la Conclusión No. 22 del Programa de ACNUR, expresa que las personas que solicitan este tipo de protección:

Deben recibir toda la asistencia necesaria y deben satisfacerse sus necesidades vitales básicas, incluida la provisión de alimentos, techo y servicios básicos de higiene y salud; la comunidad internacional debe amoldarse en este sentido a los principios de solidaridad internacional y de distribución de la carga<sup>31</sup>.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante,

<sup>28</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: arts. 31-33.

<sup>29</sup> El Ecuador adoptó la definición de "refugiado" de acuerdo al alcance ampliado de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, en el Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. Registro Oficial 933, 12 mayo de 1992.

<sup>30</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador". Registro Oficial 175, 23 de abril de 1993: art. 10.

<sup>31</sup> Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión No. 22 para la Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala (trato a las personas en busca de asilo admitidas temporalmente en un país a la espera de arreglos para una solución duradera, párr. 2 literal c). <https://xurl.es/jk4od>.

CIDH), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación, consideran que los Estados están obligados a respetar el derecho a la salud de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados. La posición presentada en el Informe de Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, es clara y reafirma:

(...) la obligación de los Estados de respetar el derecho de los no ciudadanos, migrantes en situación migratoria irregular, solicitantes de asilo y refugiados a un grado adecuado de salud física y mental, lo cual incluye, entre otras cosas, abstenerse de negar o limitar su acceso a servicios de salud preventiva, curativa y paliativa<sup>32</sup>.

Ahora bien, sobre la situación de los NNA migrantes, el citado informe indica que:

(...) todo procedimiento que involucre a un NNA migrante, independientemente que se encuentren acompañados, no acompañados o separados, y que pueda tener un impacto sobre el ejercicio de sus derechos humanos, debe tener en consideración el interés superior del niño (...) [Además] la Comisión estima necesario recalcar que el derecho de los NNA migrantes a que se adopten medidas de protección que su condición de menor requieren implica necesariamente que cualquier procedimiento para determinar el interés superior del niño debe ser dirigido por un organismo técnico especializado, independiente de la autoridad migratoria, que realice una evaluación

que considere las características particulares de cada caso. La decisión final adoptada respecto a un NNA migrante debe satisfacer, en primer lugar, su interés superior y posteriormente el interés del Estado en materia migratoria<sup>33</sup>.

La normativa internacional en materia de derechos de los NNA, la Convención sobre los Derechos del niño, determina que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. [Además,] los Estados Parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios (...) asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud<sup>34</sup>.

Incluso con la existencia de la normativa en derechos humanos, las personas migrantes continúan experimentando dificultades para acceder a los servicios de salud y ejercer sus derechos. En Sudamérica es común que la normativa migratoria no incluya de manera expresa la garantía al derecho a la salud, pese a que las constituciones nacionales contemplan su acceso universal<sup>35</sup>.

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/LL-Doc.48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 613, <https://xurl.es/n5vmo>.

33 *Ibid.*, párr. 513 y 515.

34 Convención sobre los Derechos del niño. Registro Oficial 31, 22 de septiembre de 1992: art. 10.

35 Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y la Organización Internacional para las Migraciones. Derechos Humanos de personas migrantes: Manual Regional, 2017. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>

En el caso de Ecuador, la CRE reconoce que la salud es un derecho de los individuos que debe garantizar el Estado, y que su alcance es amplio debido a que su realización está vinculada al ejercicio de otros derechos<sup>36</sup>. En efecto, la Carta Fundamental establece que el sistema nacional de salud debe procurar el desarrollo, la protección y recuperación de capacidades de una persona para que se garantice la vida saludable e integral, tanto de cada individuo como del colectivo. Asimismo, la CRE no solo aclara que el sistema de salud debe regirse por los principios generales de inclusión y equidad social, tomando en cuenta además a la bioética, la interculturalidad, y los enfoques de género y generacional<sup>37</sup>; sino que también explica que los pacientes tienen derecho a recibir un servicio de salud seguro, de calidad y calidez. En este contexto, los servicios de salud pública deberían contar con todos los niveles de atención y ser gratuitos<sup>38</sup>.

Es importante destacar que la CRE también menciona que los NNA recibirán atención prioritaria, por lo que se promoverá su desarrollo integral, incluyendo a la salud<sup>39</sup>. Igualmente, se precisa que el Estado tiene la obligación de velar por los derechos de las personas en situación de movilidad humana<sup>40</sup>. Así también, se reconoce expresamente los derechos al asilo y refugio, siguiendo la normativa internacional

de derechos humanos, y se establece que las personas a las que se les reconozca esta condición gozarán de protección especial que les permita el pleno goce y ejercicio de sus derechos<sup>41</sup>.

Inclusive, el derecho a la salud está reconocido en la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante, LOMH), donde se prescribe que:

Las personas extranjeras que residan en el Ecuador tienen derecho a acceder a los sistemas de salud de conformidad con la ley y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. Las instituciones públicas o privadas que prestan servicios de salud no podrán, en ningún caso negarse a prestar atención de emergencia en razón de la nacionalidad o la situación migratoria de una persona<sup>42</sup>.

La misma LOMH contempla al ISN-NA como uno de sus principios rectores<sup>43</sup>, por lo que en los procesos o procedimientos vinculados a la movilidad humana se debería tomar en cuenta el derecho a la convivencia y unidad familiar de NNA. De manera que, en el Ecuador existe un amplio reconocimiento constitucional y normativo al derecho a la salud, que integra y protege a las personas y los NNA que se encuentran en situación de movilidad humana. Por este motivo, en el caso de que se incumpla el acceso y ejercicio de estos derechos, estos son jurídicamente exigibles.

36 Constitución de la República del Ecuador [CRE], Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 3 y 32.

37 CRE: art. 358.

38 CRE: art. 362.

39 CRE: arts. 35, 44 y 45.

40 CRE: arts. 392.

41 CRE: art. 41.

42 Ley Orgánica de Movilidad Humana [LOMH]. Registro Oficial Suplemento 983, 6 de febrero de 2017, art. 52.

43 LOMH: art. 2.

## La igualdad y no discriminación y la unidad familiar en el contexto de devolución impropia y encubierta

El principio de igualdad en su desarrollo histórico tiene un largo devenir en el ámbito constitucional; su aparición no se da sino hasta cuando se producen las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII (guerra de independencia en Estados Unidos y revolución en Francia)<sup>44</sup>. Previo a ello, el primer vestigio de igualdad en el status de las personas se puede encontrar en la *humanitas de la escuela estoica*. Sin que se trate del campo jurídico, cabe mencionar la importancia que en la tradición bíblica adopta la igualdad, al ser objeto de profundización en el cristianismo<sup>45</sup>.

En todo caso, la dimensión de la igualdad en el Estado liberal se identifica con la generalidad de la Ley, en donde no debe existir distinción de ninguna clase, siendo todos titulares de derechos que reconozcan determinados ordenamientos. La generalidad de las normas se desprende como un requisito imprescindible del propio concepto de Ley, exigido por el pensamiento revolucionario liberal burgués frente al antiguo régimen al cual se combatió en la Revolución Francesa<sup>46</sup>.

La primera dimensión de la igualdad que se plasma en la Constitución ecuatoriana de 1830 (art. 11) es la denominada igualdad ante la ley. Esta concepción poco a poco sería superada -no eliminada- con la irrupción del constitucionalismo de cuño social, en donde la actividad del Estado es importante para superar escenarios de discriminación y que el constitucionalismo liberal no supo evitar con base en la individualidad de las personas y el abstencionismo estatal. En el caso ecuatoriano, ese primer germen de Constitucionalismo Social se halla en la Carta Magna de 1929, teniendo como precursoras a nivel mundial a la Constitución Mexicana de 1917 y la alemana de Weimar de 1919; a posteriori, se tiene también a la Carta española de la II República de 1931<sup>47</sup>.

Partiendo de la concepción como principio de que las normas no han de tratar a todos los individuos por igual, sino que pueden y deben -en estricto sentido- tomar en cuenta las diferencias humanas para llevar a cabo paralelas distinciones en las consecuencias normativas justas; el principio de igualdad trata precisamente de establecer cuándo está justificado imponer diferencias de trato en estas conse-

44 En el caso concreto de la revolución francesa, una de las conquistas fue la posición que adquiere la ley dentro de un Estado, como la de ser una norma intrínsecamente igual y sin distinción para todos frente a los privilegios del régimen realista.

45 Fernando Simón Yarza, «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97 (2013): 75-76, <https://xurl.es/og9yz>.

46 Encarnación Carmona Cuenca, «El principio de la igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n.º 84 (1994): 267, <https://xurl.es/rvi94>.

47 Si bien es cierto que, en los dos modelos de Estado, el liberal y social, el fundamento es la dignidad; para el primero, lo importante es la libertad; mientras que, para el segundo, es la igualdad y la solidaridad. Un antecedente previo a las plasmaciones constitucionales de la igualdad en el constitucionalismo social se puede encontrar en el constitucionalismo de Estados Unidos, con la aprobación de las enmiendas XIII a XV en 1870, en donde se consagran cláusulas específicas de no discriminación por razón de raza o de servidumbre.

cuencias normativas. De este modo, dicho principio se expresa en la dimensión genérica de «no discriminación», que consiste simplemente en la cancelación de ciertas diferencias humanas como razones relevantes para la diferenciación normativa<sup>48</sup>.

En la actualidad, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra establecido -de forma amplia y general- en el art. 11.2 de la CRE; y, dentro de los denominados “derechos de libertad” del art. 66.4 del mismo cuerpo normativo. En este último, la Carta Magna comprende las dimensiones del principio en su ámbito formal, material y de no discriminación. En ese sentido, es esclarecedor lo manifestado por la CCE en la sentencia 983-18-JP/21:

Por consiguiente, puede observarse que la garantía de prohibición de discriminación más allá de generar un efecto negativo con respecto a la actuación de los órganos estatales, como lo es, el de abstenerse de diferenciar injustificadamente, engendra un efecto positivo, el de adoptar las medidas idóneas y necesarias para asegurar la materialización de un estado de igualdad deseable entre todos los individuos del género humano, en el cual se respete la dignidad del otro como la de uno mismo<sup>49</sup>.

La sentencia 983-18-JP/21 detalla también las modalidades que puede asumir la discriminación, como son: la discriminación directa, la discriminación indirecta, la discriminación estructural, la discriminación múltiple e interseccional, la discriminación por estereotipos o perfiles, los actos deni-

grantes, entre otros<sup>50</sup>. En lo que atañe a la discriminación directa, indirecta y múltiple, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifiesta<sup>51</sup>:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación; por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una mujer embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

c) Discriminación múltiple: Algunos individuos o grupos sufren discriminación

<sup>48</sup> Encarnación Carmona, «El principio de la igualdad material», 269.

<sup>49</sup> CCE. *Sentencia 983-18-JP/21...*, párr. 202.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 204.

<sup>51</sup> Comité de Derechos Económicos y Sociales. *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 10 y 11, <https://xurl.es/2nd3zu>.

por más de uno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.

En cuanto a la discriminación estructural, la CCE en la sentencia 938-18-JP/21 considera que, “sigue una configuración sistemática que provoca la subordinación o explotación de cierto grupo de personas por parte de otro, con base en factores históricos, sociales o económicos”<sup>52</sup>. A continuación, en la misma resolución, la Corte reconoce como ejemplos típicos de discriminación estructural: la explotación laboral, la marginación, la carencia de autonomía o indefensión, la estereotipación y la violencia y el hostigamiento<sup>53</sup>. Sobre la discriminación interseccional, en el voto concurrente del juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, resuelto por la Corte IDH, se lee lo siguiente:

(...) La interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación

<sup>52</sup> CCE. *Sentencia 983-18-JP/21...*, párr. 215.

<sup>53</sup> *Ibid.*, párr. 217.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 10.

<sup>55</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 10 y 11.

que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa o visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos<sup>54</sup>.

La discriminación interseccional se refiere, entonces, a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables, como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos por la CRE y varios tratados de derechos humanos<sup>55</sup>.

Con tal marco doctrinario, la CCE en la sentencia 983-18-JP/21 ubica en el caso concreto la presencia de una discriminación de orden estructural por parte

del sistema nacional de salud del Ecuador a ciudadanos colombianos en la atención de salud, particularmente en la zona fronteriza de Carchi<sup>56</sup>. La CCE identifica, para el caso de las mujeres embarazadas de nacionalidad colombiana y solicitantes de refugio, prácticas discriminatorias verificables a través de informes de la Defensoría del Pueblo del Ecuador<sup>57</sup>. A más de ello, se verifica la concurrencia interseccional de factores de vulnerabilidad, como lo es la situación de ser mujer, estar embarazada, estar en condición de movilidad humana, ser solicitante de refugio, y encontrarse en una mala situación económica<sup>58</sup>.

En este punto, la Corte hace aplicación práctica y concreta de los estándares anteriormente analizados en torno al principio de no devolución y las modalidades mediante las cuales puede ser vulnerado. En tal virtud, la CCE identifica la existencia de una devolución **encubierta e impropia**. En cuanto a lo encubierto, si bien no hubo un acto administrativo formal por parte del gobierno ecuatoriano de devolución, existieron una serie de medidas de hecho, como es el caso de las insistencias de retorno a Colombia. En relación a lo impropio, se da frente a la negativa de los padres de volver a Colombia y el intento de enviar al niño, que era ecuatoriano por nacimiento, sin acompañantes, hacia dicho país; lo cual habría acarreado afectaciones al nú-

cleo familiar y su unidad<sup>59</sup>. Es importante resaltar lo indicado por la CCE, además en cuanto a indicar que el principio de no devolución tiene una dimensión material (permanencia en un espacio geográfico determinado); y, una dimensión inmaterial, que busca evitar que las personas refugiadas o asiladas, con o sin el reconocimiento estatal, retornen a una condición lesiva similar a la que sufrían antes<sup>60</sup>.

Finalmente, en este punto de análisis la magistratura constitucional aborda el derecho a la unidad familiar previsto en el art. 45 de la CRE, como es el derecho de las NNA a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. En el contexto de las personas en situación de movilidad humana, el derecho a la unidad familiar se encuentra íntimamente ligado al principio de no devolución<sup>61</sup>. Es así que, la CCE determina que en el caso de toma de decisiones relativas a deportaciones, expulsiones o devoluciones, de forma general el Estado está obligado a ponderar:

- (i) La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía, y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor;
- (ii) La consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar;
- (iii) El alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la o el NNA, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar; y,

<sup>56</sup> CCE, *Sentencia 983-18-JP/21*..., párr. 220.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 220 y 221.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 223.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 239.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 240.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 244.

(iv) El alcance de la perturbación en la vida diaria de la o el NNA si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a su cargo; de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del ISNNA en relación con el interés público imperativo que se busca proteger<sup>62</sup>.

De lo expuesto, la CCE insiste en la obligación estatal de adoptar medidas a fin que los padres puedan cumplir sus deberes de cuidado y desarrollo de sus hijos, y no obstaculizarlos, ya que puede llegar a constituir una injerencia arbitraria en la vida familiar<sup>63</sup>. En el caso concreto, la Corte observa que la intención de querer enviar a Colombia a un niño resultaba altamente gravosa para el mantenimiento de la unidad familiar, debiéndose haber preferido otras medidas necesarias y no la más lesiva o restrictiva de derechos, como era su traslado a dicho país<sup>64</sup>.

## Conclusiones

La CCE ha desarrollado en la sentencia 983-18-JP/21 una serie de criterios jurisprudenciales de notable relevancia para la protección de los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas; y, en especial, de las niñas, niños y adolescentes en esas condiciones. Entre los diversos conceptos y estándares precisados por la Corte destacan las nociones de devolución encubierta e impropia. Se trata de categorías bastante novedosas y que permiten identificar con claridad las diferentes actuaciones estatales que podrían vulnerar el principio de no devolución.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 245.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 247.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 250.

En el presente artículo se ha pretendido profundizar sobre estos conceptos, con énfasis en aquellos derechos a los cuales la CCE le prestó mayor atención en virtud de las características del caso concreto, a saber: salud, igualdad y no discriminación y unidad familiar. En este sentido, se ha examinado el fallo en referencia a la luz de la doctrina especializada y la jurisprudencia y normativa nacional e internacional. Este estudio ha permitido identificar los principales aportes de la mentada resolución, así como facilitar su comprensión y propiciar su análisis y reflexión.

## Bibliografía

### Doctrina

Carmona Cuenca, Encarnación. «El principio de la igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n.º 84 (1994): 265-285. <https://xurl.es/rvi94>.

Comisión de Ayuda al Refugiado en Euzkadi. *Diccionario de Asilo*, s. v. «Principio de no devolución». <https://xurl.es/4gyfh>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. OEA/Ser.L/V/LL-Doc.48/13, 30 de diciembre de 2013. <https://xurl.es/n5vmo>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2 de julio de 2009. <https://xurl.es/2nd3u>.

Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Conclusión No. 22 para la Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, 1981. <https://xurl.es/jk4od>.

Feller, Feller, Volker Türk y Frances Nicholson, ed. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. <https://xurl.es/caw7x>.

Gil Bazo, María Teresa. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. s. v. «Non-refoulement – no devolución». <https://xurl.es/yntep>.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y la Organización Internacional para las Migraciones. Derechos Humanos de personas migrantes: Manual Regional, 2017. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>.

Simón Yarza, Fernando. «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado», Revista Española de Derecho Constitucional. n.º 97 (2013): 73-113. <https://xurl.es/og9yz>.

## Normativa

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

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

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Suplemento del Registro Oficial 153, 25 de noviembre de 2005.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Suiza el 28 de julio de 1951, <https://xurl.es/jwiot>.

Convención sobre los Derechos del niño. Registro Oficial 31, 22 de septiembre de 1992.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. Registro Oficial Suplemento 983, 6 de febrero de 2017.

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

Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. Registro Oficial 933, 12 mayo de 1992.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 897-11-JP/20, 12 de agosto de 2020.

— Sentencia 983-18-JP/21, 25 de agosto de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18, 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

— Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

# 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 tres jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, quienes nos permiten conocer su trayectoria, sus pasiones y desafíos.

Las entrevistas fueron realizadas por Miguel Molina Díaz y Gandhi Vela Vargas





***“La Corte es parte de un proceso pedagógico para el conjunto social”***

Enrique Herrería Bonnet

Una de las cosas que el juez constitucional Enrique Herrería Bonnet lamenta es no tener suficiente tiempo para la lectura de libros. Sin embargo, no ha dejado de adquirirlos e irlos coleccionando, con la esperanza de volver a ellos algún día o la certeza de que, incluso sin abrirlos, son una presencia en su mundo. En varias ocasiones ha abandonado el ámbito del ejercicio privado del derecho para servir a su país. Ha sido Intendente General de Policía del Guayas, miembro de la Asamblea que constituyó la Junta Cívica de Guayaquil, Diputado Nacional alterno, Magistrado del Tribunal Constitucional, y Asambleísta Nacional. Es probable que, sin embargo, el cargo que más ha querido es el de lector de libros de historia.

### **Usted realizó estudios en Ciencias Sociales y Políticas, ¿cuáles fueron las motivaciones de su tránsito hacia el Derecho?**

En la época en la cual yo inicié mis actividades como estudiante no contaba con muchas opciones, solo las clásicas de abogado, médico, ingeniero, arquitecto, y pare de contar. Por lo tanto, cuando uno tenía vocación sobre las ciencias sociales, había que ir hacia la carrera de Derecho. En base al sistema de aquellos años, primero me gradué de Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas, que era el primer paso; luego de más estudio se obtenía el título de Abogado. Teníamos magníficos profesores. Además, en mi casa había una discusión permanente sobre los temas políticos y siempre generaba en mí una suerte de inquietudes, que se constituyeron finalmen-

te en mi vocación hacia el Derecho, apenas salí del colegio.

### **¿Hubo una figura importante para usted que le inspiró a convertirse en jurista?**

Yo provengo de una familia en la que, si bien teníamos carencia material, existían inquietudes de orden intelectual. Había una proliferación de libros. En una época en la cual no había televisión, el acceso a la diversión para los jóvenes con inquietudes estaba dado por la lectura, no solamente de libros, sino de revistas de análisis de la sociedad. Yo siempre estaba leyendo. Mi padre para mí fue una figura muy importante, él era un ávido lector, no fue profesional, sí un autodidacta. Mi madre y mis tías eran profesoras. El entorno hacía que me interesara por la cultura. Fui un joven inquieto y empecé a leer todo lo que me caía en la mano, de mi padre heredé el gusto por la historia y biografías, me encantan.

### **¿Qué es lo que más aporta la historia a los juristas?**

Es un tema tan interesante, porque nos permite entender profundamente la evolución de los derechos y los procesos que construyen a las sociedades. Hace poco leí un libro de Will Durant, donde el autor se preguntaba quién pudo haber influido más que Marx en la historia de la humanidad. Se responde: los grandes inventores, como Edison, o los de la época de la revolución industrial. Y sí, son los que han logrado el progreso de la sociedad. La revolución industrial, con el dominio de la técnica, creó

una estructura de producción en el mundo entero. Y claro, también supuso lamentables sistemas de explotación, con jornadas extenuantes, inhumanas, en muchos casos con salarios que eran un símil de esclavitud. Y luego vinieron procesos de emancipación que, sin detener esa producción, conquistó derechos laborales. Lo anterior revela que a lo largo de la historia, desde que Beccaria abominó de las penas crueles, inhumanas y degradantes, se ha entendido, pese a los populistas penales, que lo que caracteriza al ser humano, incluso cuando está privado de libertad, es la dignidad. Por cierto, no soy marxista, nunca lo he sido, yo he sido por convicción un social demócrata, pero hay que saber utilizar las herramientas del marxismo para el análisis de la historia de las sociedades.

### ¿Cómo concibe los viajes?

Los viajes pertenecen a la categoría de los placeres del ocio creador. Vivir afuera del país, estudiar, viajar en general, es un plus increíble para la formación de los seres humanos. A mí me resultan interesantes, por ejemplo, París, Londres (donde está sepultado Marx), Roma que es la ciudad eterna, o Berlín por todo su bagaje cultural. Recorrer Alemania es hacer un tránsito por la historia de la humanidad, de los grandes pensadores; estar en el castillo de Sanssouci y percibir visualmente la historia, entre verdad y leyenda, de cuando Federico el Grande no se atrevió a contradecir un mandato judicial que protegió al molino que él quiso demoler. La importancia que tiene la civilización árabe. Una de mis tías

decía, y con razón, que solamente la cultura salva al ser humano, lo ayuda a ser mejor persona, más justa. Es posible que sea feliz la gente que se dedica a acumular bienes materiales, pero los bienes espirituales son imperecederos, entre ellos están el amor al arte y el ímpetu por los viajes para descubrir culturas.

### **Usted fue miembro del Tribunal Constitucional, ¿qué cambios notorios sucedieron desde esa época en la administración de la justicia constitucional ecuatoriana?**

El Tribunal Constitucional no era el intérprete último de la Constitución, era el Legislativo, y en realidad las responsabilidades o atribuciones que tenía aquel Tribunal eran significativamente menores que las que actualmente tenemos. Conocíamos las acciones de amparo constitucional con la intención de salvaguardar derechos y garantías ciudadanas. Había mucho menos trabajo porque la propia distribución orgánica del Tribunal Constitucional era diferente, las causas no se resolvían en el pleno, sino por la conformación de tres salas, cada una con tres jueces. Si existía unanimidad no había necesidad de que llegue el caso al pleno, eso permitía mayor celeridad. La Corte Constitucional, como ustedes conocen, tiene una enorme cantidad de atribuciones, yo creo que excesivas, y eso ha incidido en que la acción extraordinaria de protección haya sido pervertida, no por parte de la Corte, sino de los litigantes, ya que es utilizada con la lógica de una cuarta instancia. Por cierto, la carga excesiva

va de trabajo no solamente es por las atribuciones excesivas, ustedes conocen bien que, desde febrero 5 de 2019, fecha cuando asumimos el cargo, heredamos miles de causas represadas, algunas de ellas que resultan ya inejecutables.

### **También fue legislador, ¿cómo fue el paso de crear el Derecho desde un espacio político a hacerlo desde un escenario donde prima lo técnico?**

Le voy a hacer una confesión: me siento mucho más cómodo como juez, porque uno puede plasmar el conocimiento jurídico en una sentencia, en un auto, en una providencia. No tiene la frustración de lo que ocurre en un parlamento, en cualquiera no solo en el ecuatoriano, donde uno puede argumentar jurídicamente pero a veces son voces que caen en el vacío, en unos casos porque cada vez hay menos abogados en los entornos legislativos, o porque el adversario político en vez de intentar desvanecer los argumentos, se dedica a insultar de manera personal, incluso hasta injuriar. Puede ser terriblemente frustrante.

### **¿Qué aprendizaje es el que más ha obtenido de la actividad como juez?**

Ha sido un aprendizaje mayor. Los nueve magistrados de esta conformación respondemos a una vertiente de orden jurídica, filosófica, hasta ideológica, distintas. Además, no es un grupo etario homogéneo, hay juezas y jueces bastante jóvenes, hay otros que ya somos mayores

como Hernán Salgado y yo. El aprendizaje es grande porque no solamente son jueces de una gran sapiencia jurídica, sino que vienen con unas ideas nuevas que en mi caso personal me han estado alimentando de inquietudes todos los días, obligándome a cuestionarme ideas para entendernos mejor. De todos modos, más allá de los casos que implican discusiones muy fuertes, hemos roto el abismo generacional, porque la mayoría se resuelven por unanimidad. Las diferencias son explicables. Por ejemplo, el Dr. Ramiro Avila, a quien respeto en sumo grado, dice que esta Corte debe ser un elemento transformador en la sociedad; yo no aspiro a tanto. Pero sí creo que la Corte es parte de un proceso pedagógico para el conjunto social. En ese sentido, el de la difusión, CEDEC juega un rol vital.

### **En su calidad de guayaquileño y lector, ¿cómo se relaciona con la obra de José Joaquín de Olmedo?**

Hay algo místico en la figura de Olmedo. En el campo del derecho constitucional algunas personas dicen que la primera Constitución ecuatoriana fue la de la Independencia de Guayaquil, su Estatuto de Libertad. No lo creo. Las constituciones técnicamente son otra cosa. Hay personas que intentan confrontar a Olmedo con Bolívar, yo creo que ha habido una suerte de complementariedad de genios. Hubo otro personaje de similar importancia que fue José María Lequerica, que su visión política no ha sido reconocida en su dimensión mayor. En fin, yo no concibo la confrontación de Olmedo con Bolívar, no creo tampoco

que Bolívar tenía frente a Olmedo un trato despectivo; él era un espíritu superior y cuando hizo sus comentarios respecto a La victoria de Junín, lo hizo desde su modestia. Bolívar la califica como una oda homérica, porque es inigualable. José Joaquín de Olmedo es un guayaquileño excepcional, motivo de orgullo para la ciudad, su aportación a la libertad e independencia del Ecuador también es inigualable, y fue inmenso en la mayor de las artes, que es la poesía.

**¿Cuál es el papel que debe cumplir un jurista en la sociedad?**

En el Asia Menor hay una ciudad en las costas de Turquía que se llama Éfeso. Fue el lugar de nacimiento de Heráclito, el creador de la dialéctica (tesis, antítesis, síntesis). El ejercicio de la síntesis es inabarcable,

por ejercicio de la síntesis es inabarcable, porque implica la búsqueda de la justicia. Los abogados, sean estudiantes de Derecho, litigantes, o jueces, deben perseguir la justicia, sin caer en el activismo judicial. No solo se trata del cumplimiento de la norma, porque, parafraseando a Montaigne, la boca de la Ley puede pronunciar una palabra injusta. La recomendación que les podría dar a los estudiantes de Derecho es que no dejen nunca de estudiar. Pasarán los años y no sabrán lo suficiente, porque no se llega nunca al conocimiento absoluto, pero perseguirlo los llenará de satisfacciones. Además, deben ser generosos. Yo no he tenido en suerte el don de la escritura, pero el dedicar el tiempo a la escritura de textos, con efecto de difusión del derecho, es un acto de generosidad.

---

## CUESTIONARIO DE PROUST

**¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?**

La templanza.

**¿Cuál cualidad aprecia más en otro ser humano?**

La sinceridad.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en los seres humanos?**

La ingratitud.

**¿Cuál sería su profesión u oficio favorito distinto al suyo?**

Hubiera sido un buen profesor de Historia.

**En su criterio, ¿cuál sería la peor desgracia para un ser humano?**

La enfermedad de su familia.

**¿Cuál sería su compositor y su género musical predilectos?**

Pienso que los Beatles hicieron una revolución. Elvis Presley también. En adelante, me han gustado muchísimos géneros musicales, pero me he quedado con Joan Manuel Serrat.

**En cuanto a Literatura, ¿cuáles son sus autores favoritos?**

Hablando del boom latinoamericano, a riesgo de decir una herejía, me parece que es superior Vargas Llosa a Gabriel García Márquez, a excepción de *Cien años de soledad*. Están entre mis favoritos Shakespeare (*el Rey Lear*), la obra de Platón, Voltaire, Sarmiento, Rodó, Montalvo, o Thomas Wolfe, como novelista; José Ingenieros, con *El hombre mediocre*, me descubrió todas las facetas del ser humano. Así también el *Juan Cristóbal* de Romain Rolland, la mejor novela que he leído en mi vida.

**¿Cuál sería su héroe o heroína que usted admira del mundo real?**

Bolívar, que sacrificó todo para liberar naciones.

**¿Quién sería su héroe o heroína pero ahora en el mundo de ficción?**

Cassandra, la hija de Príamo, rey de Troya. Gracias al don de la clarividencia, que le dio Apolo, les advirtió a los troyanos que no dejen ingresar al caballo. Es un personaje fascinante, marcado con la maldición de que nadie le creería.

**¿Cuál es su pintor preferido?**

Van Gogh es increíble, por ejemplo, con el retrato del doctor Gachet o Los girasoles. Admiro a Rafael y Botticelli; y de manera particular a Rembrandt con su mayor obra, *La Ronda Nocturna* que se encuentra en Ámsterdam. Es difícil establecer mis preferidos, también me gusta Henri Toulouse-Lautrec, un aristócrata marcado por la tragedia física, su vida disoluta, y el repudio paterno. Picasso es extraordinario.

**¿Cuál es la figura histórica que más detesta?**

Hitler, fue la encarnación de todos los vicios y depravaciones del ser humano. Fue una lástima que un jurista extraordinario, como Carl Smith, haya servido como soporte de ese uso instrumental del Derecho.

**¿Cuál sería el hecho histórico que más admira?**

La revolución francesa, por su irradiación hacia el universo. Por ejemplo, se le impuso al gobernante el poder de la representación, pero también el principio de la responsabilidad. De ahí viene el concepto que nosotros tenemos en el artículo 233 de la Constitución.

**¿Cómo le gustaría que llegue el momento de la muerte?**

En paz conmigo mismo.

**¿Cuáles serían los defectos que le provocan más indulgencia más tolerancia los defectos humanos?**

Podría resultar presuntuosa mi respuesta, pero es la falta de inteligencia, porque no es un defecto adquirido.

**¿Tiene un lema de vida?**

Sí, tengo un lema de vida, que no es mío. Lo repetía mi padre siempre, es de Sócrates: “Sencillo con los humildes y altivo con el soberbio.”



***“La justicia no es un valor abstracto”***

**Teresa Nuques Martínez**

Es indudable que Teresa Nuques Martínez ama la vocación académica. Toda su vida, de hecho, ha sido un proceso de consolidación como profesora y pensadora del Derecho. Tras convertirse en Abogada, en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, estudió varias maestrías, especializaciones y diplomados en Arbitraje y Mediación, Derecho Administrativo y Justicia Constitucional, entre otros temas que le apasionan. Se podría decir que la cima de su vida en el estudio de las ciencias jurídicas fue su doctorado en la Universidad da Coruña, pero sería falso. Ella jamás deja de estudiar, de leer o aprender. Vive rodeada de libros, a los que mira con una sonrisa y la actitud socrática de quien en ellos encuentra algunas de las respuestas que busca y que transmite a sus alumnos o que guían sus sentencias, ya que actualmente cumple el rol de Jueza de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Sabemos que tiene interés hacia las Ciencias Sociales en general, ¿cuál fue la motivación personal para decantarse particularmente por el Derecho?**

Cuando me gradué del colegio tenía un interés muy grande por estudiar Literatura o Sociología. Eran carreras un poco difíciles de encontrar en Guayaquil en esa época; me llamó la atención la licenciatura en Ciencias Sociales y Políticas, que era parte del camino para estudiar Jurisprudencia. En cualquier caso, en el preuniversitario me encantó el Derecho, me pareció una ciencia apasionante y nunca más volví a pensar en estudiar otra cosa. Por lo de-

más, siempre me ha gustado la literatura y el cine, he realizado algunos cursos en esas áreas, que son mis inquietudes adicionales.

**¿Qué jurista o pensador ha sido medular para inspirar su carrera académica y de jurista?**

Con el paso de los años, el estudio nos permite ir conociendo distintos juristas y pensadores, así como diversas corrientes jurídicas. Si me hubieran hecho esta pregunta cuando me gradué de abogada, mi respuesta quizás sería distinta, mis intereses eran otros. Los juristas a los que admiro y releo son Prieto Sanchís, Bobbio, y Nino. Me interesa mucho las teorías de las fuentes del Derecho, especialmente lo que ha escrito Josep Aguiló. Creo importante observar al Derecho como una ciencia, no solo desde la mirada de un ordenamiento jurídico, sino como una ciencia tan rica que está conectada con la historia del mundo, dotada de esa conexión entre sociedad, filosofía y normatividad. Es realmente una ciencia maravillosa y dinámica.

**¿Qué es lo que más le ha atraído de la vida académica?**

Me encanta dar clases, creo que la docencia es un proceso integrado: desde el momento en que se prepara una clase en su contenido y se busca la mejor estrategia para enseñar. He enseñado en pre y posgrado, en el pregrado he dado clases a los alumnos de primer ciclo, y hasta antes

de posesionarme como jueza de la Corte, daba una clase en octavo ciclo, clases que hacía compatible con mi docencia en posgrado y puedo decir que cada nivel de enseñanza implica una experiencia nueva. Con los más jóvenes el desafío es: ¿cómo explicar a un alumno de primer ciclo qué es el Derecho y cómo despertar su interés? Que no asocie al Derecho con las normas, sino que observe al Derecho en su integridad. Me gusta hacer cursos participativos, e integrar en las clases lecturas o películas.

### **¿Qué fue lo más importante que le dejaron sus experiencias en las universidades de España?**

La experiencia de estudiar en universidades fuera del país aporta muchas cosas: da una forma distinta de mirar el Derecho porque permite observar una realidad social al que está conectado; creo también que se da una mirada distinta a la forma en que conectas con otra sociedad y su entorno. Tiene una riqueza que no está atada necesariamente a los contenidos académicos, siempre he pensado que el estudio universitario tiene mucho de autoformación y de compromiso con las decisiones que se toman. Personalmente, tengo el mejor de los recuerdos de mis estudios en distintas universidades, especialmente en la Universidad da Coruña, donde pude realizar mi investigación para mi tesis doctoral. Considero que toda universidad puede ofrecer lo mejor en diversos aspectos como la parte académica, su estructura, el sistema de bibliotecas y la posibilidad de interactuar con compañeros y docen-

tes, sin embargo hay un componente que no lo otorga ninguna universidad y es el más importante que es el deseo de aprender.

### **¿Cómo han servido sus experiencias en medios alternativos de solución de conflictos para el reto de ejercer como jueza constitucional?**

Trabajar y formarse en métodos alternos de solución de conflictos, es quizás una de las experiencias más enriquecedoras que hay, la comprensión de que no existe una única forma de solucionar un problema es una experiencia que se aplica a cualquier área del derecho, pero además en la vida diaria, las enseñanzas esenciales permiten notar que siempre es necesario escuchar y comunicarse para encontrar soluciones; también brinda la posibilidad de notar cuando es necesario ceder en alguna postura a fin de lograr acuerdos que beneficiaran a un número mayor de personas. Esa experiencia es aplicable en el día a día de la vida de un individuo, en su desarrollo personal y profesional.

### **¿Qué lecciones o aprendizajes ha obtenido a partir de su actividad como jueza de la Corte Constitucional?**

La Corte ha sido una gran experiencia, ha implicado estudio, jornadas intensas de trabajo, dedicación y disciplina constante, me ha llevado a replantearme muchos temas y observar las necesidades de los demás y tratar de dar soluciones que aporten al país. Las decisiones de las cortes

constitucionales no siempre van a gustar a todos, esa es una realidad, sin embargo es un trabajo que desarrollado de manera correcta actuando conforme a derecho deja muchas satisfacciones. La búsqueda de la justicia en una decisión es una responsabilidad enorme. De esta época personalmente creo que el mejor aprendizaje es comprender que la Corte implica observar y respetar la pluralidad de pensamiento que todos tenemos; es un órgano colegiado en el que sus miembros somos muy distintos, no siempre vamos a pensar igual, por lo que es necesaria la empatía, escuchar lo que los demás piensan y enriquecer el trabajo con la mirada de los otros.

### **¿Ha tenido un reto que particularmente haya sido más complejo dentro de la Corte por ser mujer?**

La Corte es un reto muy alto para cualquiera, sea hombre o mujer; sin embargo las mujeres enfrentamos un desafío más grande en cualquier trabajo. Siempre es un reto mayor, para una mujer, posicionar sus ideas y su trabajo, debes ponerle fuerza a lo que realizas. Personalmente creo que a las mujeres nos cuesta mucho más llegar a ciertos cargos y, después de llegar, mantenernos y enfrentar estereotipos preconcebidos en una sociedad que aún tiene muchos temas pendientes por superar acerca del rol que tenemos en ella.

### **Usted lideró proyectos sobre acceso a la justicia de grupos vulnerables, ¿cuál fue la motivación de liderar estos procesos?**

En mi vida como docente y funcionaria universitaria me dediqué a la elaboración e implementación de proyectos que estaban vinculados a identificar los nudos críticos que existen para el acceso a la administración de justicia, especialmente de los grupos vulnerables, siempre he creído que la sociedad tiene una gran deuda con una parte de la población, porque las normas no bastan y las políticas públicas no siempre alcanzan. Todos podemos aportar desde el lugar que nos toca trabajar y la academia tiene ese desafío al momento de su vinculación con la sociedad. Algunas personas no confían en la justicia porque no tienen acceso a ella, porque no saben cómo llegar o porque hay límites o barreras de distintos tipos que no les permiten ese acceso. Es necesario identificar esas barreras, que en los grupos vulnerables son de distintos tipos, porque si no hay acceso a la justicia, ¿cómo pueden hacer efectivos sus derechos a través de ésta?

### **¿Qué le han brindado el cine y la literatura a su vida?**

El cine y la literatura permiten aprender, siempre he pensado que el conocimiento es transversal, no todo aprendemos formalmente en la escuela, en el colegio y en la universidad, sino que hay muchas formas de conocimiento, acercarse a otras realidades, conocer diversas formas de pensamiento y comprender de distinta manera acontecimientos históricos y sociales. Los libros y el cine abren un universo muy grande, a los ojos de cada uno.

## CUESTIONARIO DE PROUST

**¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?**

La solidaridad.

**¿Cuál cualidad aprecia más en otro ser humano?**

La lealtad.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en otros seres humanos?**

La hipocresía.

**¿Cuál es su profesión u oficio favorito fuera del que lo ejerce?**

Me gusta la gestión y la administración, tengo facilidad numérica; otras de mis pasiones es la música me gustaría cualquier actividad vinculada a ella.

**En su criterio, ¿cuál sería la peor desgracia para una persona?**

Perder a su familia.

**¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?**

A mí me encanta la música en todos sus géneros: la música clásica, la instrumental, también la música pop y los ritmos latinos.

**En cuanto a Literatura, ¿cuáles son sus autores favoritos?**

Me gusta mucho la literatura clásica, y la literatura histórica, entre mis favoritos puedo citar a Alejandro Dumas. También disfruto de la literatura latinoamericana, no podría decir cuál es mi autor favorito, aunque me gustan mucho García Márquez, Mario Benedetti e Isabel Allende.

**¿Cuál es su héroe o heroína del mundo real?**

Mis padres. Me dieron una niñez y una vida muy feliz. Siempre he pensado que cuando tus padres te dan una vida feliz eso implica una dosis de entrega y renunciaciones, que como hijos no lo podemos notar en la vida diaria.

**¿Cuál sería su pintor o pintores favoritos?**

Van Gogh y Monet, me gusta la corriente del impresionismo; también me gusta Dalí.

**¿Quién sería su héroe o heroína de un mundo ficticio: literatura, cine, comic?**

No puedo elegir uno sólo, pero debo reconocer que soy fanática de La guerra de las galaxias y todo el universo Marvel.

**¿Cuál es la figura histórica para usted más detestable, la que más daño ha hecho?**

Hitler, para mí él es imperdonable. Todo lo que representa una amenaza contra la vida de la gente, sin respetar su dignidad y todo lo que es dictatorial, me parece detestable.

**¿Cuál sería el hecho histórico de la humanidad que más admira?**

Como abogada los juicios de Núremberg, porque fueron un llamado de atención para el Derecho, un recordatorio de que el centro del derecho es el ser humano y su dignidad.

**¿Cómo sería para usted una muerte ideal?**

Tranquila, durmiendo.

**¿Qué defectos le generan más indulgencia en otras personas?**

El desorden.

**¿Tiene un lema en su vida?**

Vivir la vida un día a la vez.



***“La empatía es la cosa más difícil, pero al mismo tiempo es lo que más necesita este país”***

**Ramiro Avila Santamaría**

Defensor de Derechos Humanos, catedrático, activista, amante del montañismo y la naturaleza, melómano, lector empedernido. Son muchas las formas de describir al Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, y la de docente universitario, que es la más tradicional de sus actividades, no deja de estar irradiada por sus otras pasiones. Esa interdisciplinariedad lo marca, por eso se podría decir que también el arte de la escritura le pertenece. Seis libros, innumerables artículos, capítulos y compilaciones. En la Universidad de Columbia, mientras realizaba su primera maestría, descubrió la ópera y el jazz y la necesidad imparable de escribir y hacerlo bien. Con la franqueza que lo caracteriza, conversó con nosotros para esta entrevista.

### **¿A qué responde la decisión de convertirse en abogado?**

Tengo una motivación superficial y una que se va construyendo en la carrera de Derecho. La artificial tiene que ver con una insistencia que tenía mi padre para que sea diplomático y que creía que la mejor manera era siendo abogado. La otra la encuentro mientras estudiaba en la universidad. Mi vida de estudiante de derecho se altera radicalmente con una experiencia que tengo al trabajar en los consultorios jurídicos gratuitos de la Universidad Católica, en la cárcel conocida como de “la calle Ambato.” Ahí mi vida dio un giro absolutamente radical: comprendo la relación del Derecho con la justicia, y hasta que salgo del país no dejo la cárcel. Las caras de angustia de los

presos, los olores de la cárcel, la angustia de la vida en el encierro que percibía me ha perseguido toda la vida. Mi primer ejercicio profesional es en el ámbito penal y la primera clase que doy en la universidad es procedimiento penal. Yo tenía muy claro que la cárcel era un espacio físico absolutamente inhumano y que la sanción penal era una cuestión absolutamente irracional. Así entro al Derecho. Luego derivo en los derechos humanos y en ese nicho encuentro mi vocación como abogado.

### **¿Cómo se decantó hacia la escritura y la investigación académica?**

La verdad es que mi vida universitaria coincide con una sed y una curiosidad de lectura intensiva. Mi necesidad de escribir y de investigar surge en mi posgrado. Es determinante en mi vida académica mi maestría en la Universidad de Columbia. Ahí comprendo la necesidad de leer de forma estructurada, guiada y con objetivos; conozco formas diferentes de impartir y recibir clases, signadas por la horizontalidad de los profesores; me introduzco a lo que es un debate académico y lo que significa participar con opiniones informadas. De hecho, entiendo la importancia de leer para escribir, y escribir para compartir lo que se aprende. También sentí la necesidad de volver al país, insertarme a la academia y enseñar de forma diferente. Soy un antes y después como académico a partir de Nueva York.

## ¿Qué hecho o qué hechos hubo que le marcaron para aproximarse a los Derechos Humanos?

Me tocó asumir un caso que fue muy polémico a principios de los años noventa, el caso denominado como “Putumayo”: 11 indígenas campesinos kichwas de la frontera norte del Ecuador, después de una masacre que hubo en el río Putumayo (las FARC asesinaron a miembros de la fuerza pública ecuatoriana), fueron detenidos arbitrariamente, torturados, enjuiciados, y condenados en base a pruebas que surgieron de la tortura por parte de militares ecuatorianos. Ahí entro en este mundo de los Derechos Humanos. Luego di una clase en la universidad sobre Derechos Humanos, sin tener mucha idea, porque en esa época era una materia muy casual y casi anecdótica (era un enunciado de documentos históricos del tipo el Hábeas Corpus Act de 1215, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que emergió de la Revolución francesa, la Declaración Universal de Derechos Humanos). Luego estuve tres años en Guatemala, en la postguerra, y trabajé en una misión de Naciones Unidas para verificar un acuerdo sobre derechos humanos firmado entre el gobierno y la guerrilla. En ese país tuve posiblemente mi peor experiencia en cuanto a apreciar lo que significaban, de voz de las víctimas y sobrevivientes, las violaciones graves a los derechos humanos, crímenes de guerra y genocidio. Esa fue mi escuela para aprender estándares internacionales de derechos humanos y aplicarlos a casos concretos. Luego fui a Columbia University

y ahí sí pude estructurar mis conocimientos, de manera profunda, sobre derechos humanos y teoría del derecho.

## En España usted estudió Sociología Jurídica a nivel de maestría y doctorado, ¿cómo deben dialogar la Sociología y el Derecho entre sí?

A mí me parece que el gran problema que tiene el Derecho ahora es la desvinculación con la realidad y ese es un problema que tiene que ver con el formalismo jurídico y con la cultura jurídica que se enseña aun mayoritariamente en las universidades. La culpa no es Kelsen sino de quienes no hemos logrado actualizar sus propuestas. Cuando Kelsen saca su Teoría Pura del Derecho, el contexto de esa época era el positivismo científico. Es decir, había que crear fronteras en el conocimiento para que una rama del saber tenga el estatus de científica. La genialidad de Kelsen es que pone esas fronteras para que el Derecho tenga autonomía, facultades propias, un saber, una comunidad. Eso fue genial en términos teóricos y abstractos. Pero el sacrificio fue que nos aisló de las ciencias sociales, de la política y la moral. Kelsen establece distinciones y separaciones entre las ciencias naturales y el derecho, la moral y el derecho, la política y el derecho. Estas separaciones, a la postre, nos privó a los abogados y abogadas de herramientas para percibir la realidad. Los abogados y abogadas sabemos interpretar una norma, pero no tenemos herramientas para comprender su eficacia. En sociedades que tienen unas desigualdades estructurales tan

grandes como las nuestras, es irresponsable estar desvinculados de la realidad. Entonces, un abogado que sabe de memoria las normas y hasta interpretarlas, cuando no tiene forma de percibir de forma científica la realidad, acaba siendo utilitario a quienes toman decisiones políticas.

### **¿Cómo es su relación personal con montañas y ríos? ¿Cuáles serían sus montañas preferidas?**

Casi todas las ciudades están hechas en valles, alrededor de un río, o en zonas cultivables. Al irme del país me di cuenta que me faltaban las montañas. Quito está abrazado por montañas. Así descubrí mi identidad andina. Cuando voy a La Paz o Bogotá me siento en casa. Me encanta verme al mar o ir a la Amazonía, pero no hay nada como la montaña. Y si me preguntas mi montaña favorita, sin duda, es el Pichincha, que es a la que más he subido, la que he recorrido solo muchísimas veces, la que me permite estar al mismo tiempo tan cerca y tan lejos de mi ciudad. Yo estoy convencido de que la naturaleza te sana y te da energía. En mis peores momentos de la vida o cuando necesito inspiración o fuerza para seguir adelante, tengo que irme a la montaña. También me inspira. Por ejemplo, para escribir el caso Chibunga que conoció la Corte y que en un inicio fui ponente, y que terminó siendo un voto salvado, fui a conocer el río Chibunga, a ver dónde nace, a sentir sus aguas y también a condolerme cuando, poco a poco y por el contacto con el humano, se va contaminando. Al final acaba siendo la cloaca de Riobamba.

Creo que los derechos de la naturaleza son, entre otras, de las innovaciones más importantes de la Constitución del 2008 y un aporte al constitucionalismo global. No son una novelería. Es una de las respuestas a la crisis ambiental global, que se refleja en el cambio climático.

### **En *La utopía del oprimido* plantea un diálogo entre el pensamiento crítico, el Derecho y la Literatura, ¿qué aporte le ha dado la Literatura a su vida y a sus estudios?**

La primera constatación para mí de la importancia de la Literatura es que el Derecho vive y convive con el lenguaje. Las leyes, las sentencias, los alegatos, las demandas se construyen con el lenguaje. Los juristas deberíamos ser gente que cultiva el lenguaje y no lo hacemos, lo maltratamos. El que lee mucho escribe bien, el que no lee, escribe mal. Igual para alegatos verbales, si tienes más palabras, seguro puedes hacer un mejor alegato. Para alimentar tu vocabulario también hay que leer. Si tomas un texto de cualquier escritor de literatura, digamos Borges, se puede apreciar lo que es el deleite de leer, y se puede aprender dónde poner la coma y el punto, cómo estructurar los párrafos, cómo contar una historia y mantener la tensión y la atención. Hay que ver la pobreza del lenguaje, las faltas de ortografía, la inconsistencia argumental en los escritos de nuestros abogados y abogadas. Lo otro es que si el Derecho quiere ser útil para servir a las grandes mayorías de gente hay que ser muy creativos. Fíjate en los casos difíciles de la Corte,

aquellos que no tienen respuestas fáciles en el derecho positivo, requieren la aplicación de principios como el derecho a la ciudad, los derechos de la naturaleza, el derecho al hábitat, la nutrición adecuada. La realidad escapa a cualquier formulación jurídica. Solo basta pensar en la crisis carcelaria y las respuestas, desde el derecho, que se deberían dar para abordar esa complejidad de problema. Todas esas cuestiones requieren muchísima creatividad. El abogado o abogada no creativa está condenado a hacer lo mismo de siempre, a mantener estructuras que son inequitativas y a pensar que no es posible brindar soluciones desde el derecho. La literatura incentiva la creatividad, sin duda alguna. Así que, por cualquier lado, abogados y abogadas deberíamos leer más para ser mejores profesionales.

### **¿Qué es lo que más difícil le ha resultado de ser juez constitucional?**

Cuando eres académico vas en solitario y de vez en cuando alguien te critica. Cuando eres activista vas con gente que piensa igual que tú y tiene las mismas luchas que tú. Aquí lo que más me ha costado es darme cuenta de la importancia que tiene en la cultura jurídica el Derecho procesal constitucional y el intenso y cotidiano debate. Esa reverencia casi espiritual a las formas jurídicas ha sido mi principal enemiga, porque me parece que en los problemas más difíciles que ha afrontado la Corte, la principal traba para actuar son las restricciones procesales. Las formas jurídicas tienen importancia y son garantías para

el cumplimiento de los fines del derecho. Cuando no se puede cumplir un fin por una forma, entonces hay que cambiar la forma. A esto se refiere la norma constitucional que establece que no se puede sacrificar la justicia por las formalidades. La otra cosa que ha sido un reto es la diversidad de ideas y la tolerancia que hay que desarrollar en la Corte. A veces es difícil pensar que una cosa que toda la vida has creído, que te parece obvia, resulta que para otras personas no tiene sentido. Persuadir a ocho personas no es fácil. Y a veces tienes que perder, en otras ocasiones ceder. Me ha gustado la experiencia porque nunca antes he tenido una experiencia deliberativa tan intensa. En la Corte se vive y practica la democracia deliberativa. Y este aprendizaje no es fácil.

### **¿Qué les diría a los jóvenes estudiantes de Derecho sobre esta profesión?**

Que es muy fácil ser indiferente a la realidad que vive la gran mayoría de gente necesitada cuando tienes un trabajo fijo, una carrera académica, reconocimiento y formas parte de una élite intelectual o profesional. Cuando estamos en estas situaciones, pensamos en el derecho como algo que hay que conservar y analizar exclusivamente desde la norma jurídica. Yo les diría que el esfuerzo que hay que hacer constantemente es procurar construir puentes con la gente que más necesita, con esa persona que va al IESS y no le paran bola, con ese niño que se muere de desnutrición, con esa especie que está en peligro de extinción, con ese pueblo indígena que lucha por vivir en un ambiente sano y en

armonía con la naturaleza. La empatía es la cosa más difícil pero al mismo tiempo es lo que más necesita este país.

### ¿Tiene algún animal favorito?

Tengo varios. Yo siempre he admirado a la araña, primero porque desde niño me llamó la atención esa capacidad de tejer y de colarse por todo lado. Ver un cón-

dor es una de las cosas más increíbles de la vida. Por otro lado, cuando me metí por mi tesis doctoral a bucear en el mundo wao-rani descubrí que el jaguar es un animal fascinante. Otro es el quetzal, que busqué y nunca vi directamente cuando viví en Guatemala, vi plumas caídas por ahí, pero nunca al quetzal.

## CUESTIONARIO DE PROUST

**¿Cuál es el principal rasgo de su carácter?**

La impaciencia.

**¿Cuál cualidad aprecia más en otro ser humano?**

La humildad y la generosidad.

**¿Cuál es el defecto que más cuestiona en otros seres humanos?**

La mediocridad, la comodidad, el no retarse.

**¿Cuál es su profesión u oficio favorito fuera del que lo ejerce?**

Si volviera a nacer quizá sería un músico de jazz. Admiro la capacidad de improvisación, la posibilidad de que cada instrumento tenga su momento y la desbordante creatividad que se siente.

**En su criterio, ¿cuál sería la peor desgracia para una persona?**

La depresión.

**¿Cuál es su compositor y género musical predilecto?**

En música clásica tengo Shostakóvich y Erik Satie. En jazz, que es para mí una de las metáforas más lindas de la democracia, de la creatividad, de la belleza, pienso que *Kind of Blue* es la cosa más sublime de Miles Davis. En ópera *La bohème* de Puccini y *Rigoletto* de Verdi, y sobre todas las óperas la Carmencita de Bizet, que tiene una mujer libre y que es música, poesía, teatro, todo. En la adolescencia, escuchaba mucho el rock, que ahora es clásico, como Led Zeppelin, Pink Floyd, y los Rolling Stones. Hoy escucho de todo, desde música africana hasta Bad Bunny o Tangana (tengo hijas adolescentes y no tengo más remedio). Aprecio la diversidad musical.

### **¿Cuáles son sus autores favoritos en Literatura?**

Más bien te diría los libros: *El Quijote*, *Cien años de soledad*, *Pedro Páramo*, *El Principito*, *Rayuela*, y *Memorias de Adriano* son libros que he leído muchísimas veces. Borges está siempre en mí, Monterroso es otro al que he vuelto todo el tiempo.

### **¿Quién es su héroe o heroína predilecta del mundo real?**

Admiro mucho a la gente que logra ser coherente con lo que piensa.

### **¿Quién sería el héroe o heroína favorita de un mundo de ficción, desde cine, literatura, comic?**

El Quijote, sin duda. Una persona que sueña otra, que sueña otra, que sueña otra. La locura en ese libro es dejar de ver lo que la gente ha normalizado. Y, además, es divertidísimo.

### **¿Cuál sería su pintor o pintores preferidos?**

Miró y Matisse, pero Miró en particular porque recupera los colores primarios y hace arte de algo que parece pintura infantil.

### **¿Cuál sería la figura histórica que más detesta?**

Es muy simbólico, porque él podría encarnar mil cosas más, pero es Ríos Montt. En Guatemala viví en una zona en donde Ríos Montt hizo su política de tierra arrasada, promovió que la población mate a sus seres cercanos y luego construyó toda una forma de crueldad para deshumanizar a la gente. Es simbólico Ríos Montt porque encarna a todos los dictadores, el autoritarismo, la crueldad, la deshumanización, el ego personal, la espiritualidad estúpida, la manipulación de la historia... es uno como tantos han existido en América Latina.

### **¿Cuál sería el hecho histórico que más admira?**

Últimamente tengo fascinación por los años entre 1900 y 1920, cuando se descubre la física cuántica. Ahí me parece que hubo una revolución epistémica que el mundo no acaba de digerir y el Derecho tampoco. Es una síntesis de trescientos años desde Newton en adelante. El mundo contemporáneo no se entiende sin esos primeros veinte años. Lo que ahora tenemos como algo normal y es parte de nuestra cotidianidad, como el GPS, los teléfonos celulares, el internet, se lo debemos a la física cuántica.

**Llegado el momento, ¿cómo le gustaría que sea su muerte?**

Dos cosas: morir en paz y que sea repentina. Cuando digo repentina puede ser un ataque cardíaco, que me duerma en el hielo de una montaña o que decida una muerte dulce. Quiero sentir que estoy en paz con la gente que amo. Y no quisiera sufrir. No temo a la muerte sino a la forma de morir.

**¿Qué defectos le inspiran más indulgencia en el ser humano?**

La culpa y la violencia, las dos son cosas tan humanas, tan explicables, y al mismo tiempo tan tristes por multiplicar la infelicidad y el dolor.

**¿Tiene un lema en su vida?**

Sí. Que lo que pienso sea coherente con lo que digo, lo que digo sea coherente con lo que siento, y lo que siento sea coherente con lo que hago.

# VARIETÉ

Esta sección presenta los trabajos más interesantes escogidos tras el proceso de convocatoria y el arbitraje, a través de los cuales se demuestra cómo el Derecho puede comulgar con otras disciplinas: la literatura, la filosofía, el cine, la poesía, la imagen, entre otras. Incluye reseñas de libros de actualidad, ya sea sobre temas de importancia jurídica o de la cultura, así como contiene un espacio para el ensayo de análisis interdisciplinario. Finalmente, en este apartado, se incluyen muestras creativas para acercar al público lector a la expresión poética y fotográfica.



# RESEÑAS

## Ecuador Manual de Uso: Reflexiones sobre el Artículo 1 de la Constitución

María José Mogrovejo <sup>1</sup>

Cómo citar: Mogrovejo, María José (2022). Ecuador Manual de Uso: Reflexiones sobre el Artículo 1 de la Constitución (Reseña). IUS Constitutionale, 3, 172-175. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

### Resumen

En el presente artículo, se realiza una reseña de la obra ECUADOR MANUAL DE USO: REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN, del Dr. Efrén Guerrero Salgado y otros autores. Incluye un breve análisis de los puntos abordados en el libro acerca de las características del Estado ecuatoriano en torno a lo que establece el artículo 1 de la Carta Magna.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. Vicepresidenta Asociación Escuela de Derecho (2020-2021). Vicepresidenta Club de Naciones Unidas UIDE (2020-2021).

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador determina ciertas características del Estado ecuatoriano, entre las cuales encontramos que es un Estado social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. A pesar de que es uno de los artículos más conocidos por la población civil, ¿sabemos el significado cada uno de estos elementos y su alcance? El libro “Ecuador manual de uso: reflexiones sobre el artículo 1 de la Constitución” da sentido a través de una vasta explicación de cada una de estas características que, si bien se aprenden en las aulas de derecho, en repetidas ocasiones se desconoce lo que en realidad significan o abarcan, pues los términos deben ser entendidos desde el ámbito jurídico y social.

En este sentido, este libro nos ayuda a entender de qué manera podemos interpretar cada una de las características contenidas en nuestra Constitución, que en su primer artículo, nos presenta una idea general de la administración y las características principales del Estado ecuatoriano. La estructura del libro consta de once capítulos redactados por distintos autores, los cuales hacen un análisis de cada uno de los ocho elementos que constan en la Constitución. También se presentan observaciones respecto a la dificultad de la construcción del Ecuador como Estado, su descentralización, además de un análisis de caso sobre la masacre a los Taronenane, uno de los pueblos ocultos en la amazonia ecuatoriana.

Destaca como particularidad del libro la importancia que los autores brindan a los antecedentes existentes previo a la caracterización del Ecuador como república, a través de la adaptación de los cambios sociales y la evolución de las normas jurídicas del país. Esto permite dotar de sentido a los conceptos hoy existentes, de tal manera que el pasado ecuatoriano queda enmarcado en las características que hoy encontramos en nuestra Constitución.

Todo esto resulta evidente desde el índice del libro, donde se expone una serie de temas como: qué entendemos por Estado Constitucional de Derechos y Justicia, qué es un Estado social y por qué el Ecuador tiene esta característica, qué es un Estado Democrático, la soberanía a través del derecho internacional, la interculturalidad a través de la transformación del Estado, la laicidad, entre otros más.

Ahora bien, el primer capítulo titulado “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, el autor Vicente Solano Paucay determina una serie de conceptos en torno al concepto de Estado de Derecho y que implica el que sea constitucional. De esta forma, explica que este término nace a partir de la crisis sociopolítica del Estado Liberal del siglo XIX, por lo que un Estado de Derecho y Justicia indica un sometimiento de todas las actuaciones públicas y privadas a la Constitución. Asimismo, este autor realiza una aproximación a lo mencionado por Hans Kelsen, quien alude que en cierta forma es inapropiado conceptualizar a todo

Estado como “Estado de Derecho”, ya que cuando nos referimos a este término nos remitimos a un Estado que contiene un ordenamiento jurídico.

Este primer concepto, Solano Paucay lo compara frente a otros autores, quienes discrepan, sobre todo, en el alcance que se le puede dar al término “Estado de Derecho”; es así que se menciona que Ferrajoli establece que la existencia de un Estado Constitucional de Derechos no refiere únicamente la existencia de normas procedimentales para elaborar leyes, sino que también incluye la existencia de principios de justicia que deben estar pre establecidos en la Constitución. Y, en cuanto al término justicia, aclara que a este no se le puede encontrar un concepto único, pues este que dependerá de la noción del contexto actual y de la aplicación de principios morales.

Todo este hilo académico, desemboca en el segundo capítulo acerca del “Ecuador como Estado Social” de David Cordero y Carlos Carrillo. Estos autores explican que los Estados Sociales nacen a través de una segunda revolución de la concepción de la sociedad en un Estado, hacen un recorrido por la evolución del entendimiento de Estado, pasando de los liberales a los sociales mediante el reconocimiento de derechos en las constituciones. Asimismo, realizan un análisis individual de los “derechos del buen vivir” establecidos en nuestra Constitución, entre los que destacan los dere-

chos a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la alimentación, al agua y a la educación.

Posteriormente, el capítulo 3 se centra en lo que se entiende por “Estado Democrático”. Al respecto, el autor Agustín Grijalva menciona que si bien no existe un concepto único para el término democracia, la Constitución la divide en tres tipos: representativa, directa y comunitaria. Adicionalmente, el autor se refiere al inciso 2 del artículo 1 de la Constitución, el cual determina que la soberanía radica en el pueblo. Esto, a través de la participación directa que tiene la sociedad civil en la toma de decisiones, lo que se relaciona con la democracia directa ya sea mediante la iniciativa popular normativa, las propuestas de reforma constitucional, o las consultas populares y revocatorias de mandatos.

En lo que respecta a los siguientes capítulos, el autor Abraham Zaldívar hace referencia al “Estado Unitario”, presentando un análisis más allá de la conceptualización de este término y, sobre todo, de sus elementos constitutivos. El autor también reflexiona sobre la contradicción de considerar al Ecuador como un Estado unitario, pese a que se reconoce la interculturalidad y plurinacionalidad del Estado. De esta manera, hace alusión a la existencia, y convivencia, de distintas identidades culturales y colectivos humanos que comparten en un mismo territorio, lenguaje, e inclusive patrones de ideas jurídicas.

Por otra parte, uno de los temas más controversiales en la actualidad es la caracterización del Estado ecuatoriano como laico, motivo por el cual Diego Jadán lo aborda en el capítulo 7 titulado “En el nombre de Dios: La laicidad en la Constitución ecuatoriana”. El autor realiza un recorrido de los antecedentes religiosos que inician por la influencia impuesta tras la conquista española. Así también, enfatiza en que la primera Constitución que declara al Ecuador como un Estado laico es la del 2008, lo que quiere decir que doscientos años después de la independencia del Ecuador, se declaró oficialmente la separación entre la iglesia y el Estado.

Este autor hace alusión a la diferencia existente entre la laicidad y el laicismo, siendo este último una ruptura completa entre el Estado y la Iglesia, lo cual vuelve imposible llevar estos dos de la mano. Se destaca que el Ecuador mantiene únicamente la laicidad, la cual respeta la libertad de religión del ser humano, pudiéndose demostrar esto a través de tres artículos; el artículo 1 donde caracteriza al Estado ecuatoriano como laico, el artículo 3 nu-

meral 4 donde se establece la ética laica como sustento de los actos públicos y el ordenamiento público y el artículo 66 inciso 8 que protege la libertad de religión en el territorio ecuatoriano. Sin embargo, el autor menciona que el problema entorno a la religión nace en el momento en que el pensamiento religioso deja de ser individual y trasciende a lo político, influyendo en las decisiones de los órganos del Estado e irrespetando su laicidad.

El nuevo libro del Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, dirigido y compilado por el Dr. Efrén Guerrero es un texto práctico y necesario para el Ecuador. Emociona leerlo y permite una mejor comprensión de cada una de las características del Estado ecuatoriano y su precedente para que éste exista. De seguro, lo que el lector más disfrutará del libro es la historia y el origen de estos términos, que después se adaptan a la realidad ecuatoriana. Un libro que, sin lugar a dudas, cualquier persona interesada en el Ecuador debe leer para entender cómo se define nuestro Estado.

# Las jerarquías sociales imaginadas y sus consecuencias en nuestra sociedad

Maria Susana Bastidas Tamayo <sup>1</sup>

Cómo citar: Bastidas Tamayo, María Susana (2022).  
Las Jerarquías Sociales Imaginadas y sus Consecuencias en Nuestra Sociedad.  
IUS Constitutionale, 3, 176-179.  
[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

## Resumen

El libro *Sapiens* del historiador y filósofo Yuval Noah Harari no es un simple recuento de la historia de la especie humana. En *Sapiens*, Harari plantea ideas provocativas que desafían el *status quo*. Es así como Harari se rehúsa a conformarse con una narrativa histórica tradicional y realiza un análisis crítico y controversial de los más profundos dogmas e instituciones creadas por el ser humano. Instituciones establecidas por milenios y vastamente aceptadas como la democracia, la religión y las jerarquías sociales son sujetas al escrutinio de Harari. El resultado es una obra estimulante que motiva al lector a revivir el pasado para comprender nuestro presente como especie.

## Palabras clave:

Jerarquía, sociedad, discriminación, historia.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad San Francisco de Quito; Máster en Derecho por la Universidad de Toronto y Abogada por la Sociedad de Abogados de Ontario, Canadá. Se ha desempeñado como abogada corporativa y de mercado de valores con un enfoque en empresas de tecnología. Miembro de la junta directiva de Latinas in Tech en Canadá, organización sin fines de lucro presente en seis países cuya misión es crear espacios seguros para el aprendizaje, tutoría y reclutamiento de mujeres latinas en el área de tecnología.

“No hay justicia en la historia.”<sup>2</sup> Este es el título empleado por Yuval Noah Harari para abrir uno de los capítulos más relevantes, en mi opinión, de su libro *Sapiens*. El capítulo se enfoca en el análisis del origen de las jerarquías sociales que se han desarrollado en diferentes grupos humanos a lo largo de nuestra historia. Las jerarquías sociales, menciona Harari, son un producto de la imaginación humana que nacen con el objetivo de regular las relaciones humanas e imponer cierto orden<sup>3</sup>. Su función es sumamente relevante puesto que las jerarquías sociales permiten que completos desconocidos sepan interactuar sin perder el tiempo y la energía necesarios para conocerse personalmente<sup>4</sup>. Es decir, cada individuo es asignado, generalmente de manera arbitraria, un puesto determinado en su sociedad. Un mal necesario para mantener el orden, si uno desea tomar una postura un tanto nihilista.

Es imprescindible tomar un paso atrás e introducir la obra objeto de análisis en la presente reseña. El libro *Sapiens* de Yuval Noah Harari fue publicado por primera vez en Israel en 2011. Luego de convertirse en un *best-seller* en su país de origen, *Sapiens* fue traducido a múltiples idiomas, convirtiéndose en un fenómeno internacional. Ampliamente aclamado por historiadores, escritores, políticos y figuras públicas, la premisa de *Sapiens* es sencilla: la razón por la cual la especie humana con-

trola al resto de especies es debido a su capacidad de inventar históricas ficticias en las cuales creen colectivamente. Son estas ficciones las que nos permiten cooperar a niveles de gran complejidad<sup>5</sup>.

Las ficciones mencionadas por Harari incluyen una gran variedad de instituciones, incluyendo la democracia, la religión, el orden político, y las jerarquías sociales. En cuanto a las jerarquías sociales, Harari sostiene que todo grupo humano ha dividido a sus individuos en jerarquías que carecen de objetividad y justicia. Es así como ciertos grupos han podido acceder a privilegios y beneficios mientras que otros sufren de discriminación y opresión. Una vez que las jerarquías son determinadas por ciertos individuos de un grupo, generalmente aquellos con mayor fuerza física o aquellos que demuestran características de liderazgo, estas jerarquías son reguladas a través de, en sociedades más avanzadas, la redacción de un código o instrumento legal. Es así como la estratificación social se legitima. Empiezan con el apoyo de unos pocos y pasan a imponer condiciones injustas en el resto. La clave, menciona Harari, es convencer a los miembros del grupo que la jerarquía no ha sido determinada por ningún individuo. Al contrario, la jerarquía proviene de una fuerza mayor que no puede ser influenciada por el ser humano. La jerarquía es, en resumen, natural e inevitable<sup>6</sup>.

2 Yuval Noah Harari, *Sapiens* (Estados Unidos de América: Signal McClelland & Stewart, 2016), 149.

3 Harari, *Sapiens*, 153.

4 *Ibid.*

5 Ian Parker. «Yuval Noah Harari's history of everyone, ever». *The New Yorker*, febrero de 2020, acceso 5 de octubre de 2021, <https://www.newyorker.com/magazine/2020/02/17/yuval-noah-harari-gives-the-really-big-picture>

6 Harari, *Sapiens*, 150.

De esta manera es como se justifica, en su debido tiempo y espacio, la esclavitud, las castas sociales y la distinción entre hombres y mujeres. Así, por ejemplo, aquellos que apoyaban la esclavitud argumentaban que la raza negra es biológicamente inferior. En la actualidad, la India es conocida por haber desarrollado una sociedad de castas cuyos orígenes están íntimamente vinculados con la religión y la ideología brahmánica<sup>7</sup>. Mientras escribo esta reseña, en una Afganistán liderada nuevamente por los talibanes, millones de mujeres están siendo privadas de sus derechos de participación social y política con el argumento de que la religión Islámica no lo permite. En sociedades occidentales, la división entre hombres y mujeres prevalece y no son pocos los estudios que demuestran la brecha de género. El común denominador es que han sido mitos y creencias los que han definido y asignado diferentes roles a cada persona dentro de una sociedad.

Es nuestra propia cultura la que ha creado las distinciones y las jerarquías sociales, convirtiendo al hombre blanco en el gran ganador en la mayoría de los escenarios descritos. Podría seguir enumerando una infinidad de ejemplos. La idea es clara: todas las jerarquías sociales pasadas y presentes son ficciones. Esta afirmación parecería ser sumamente lógica y probablemente lo es. No obstante, muchas veces olvidamos esta afirmación en el día y a día y asumimos que las jerarquías son naturales y de una u otra manera inevitables. Esta suposición, probablemente inconsciente,

nos permite olvidar que ciertas ficciones pueden y deben cambiar.

Como abogados, no es permisible olvidar y caer en letargo. Nuestra profesión nos exige trabajar por el cambio, por un futuro que desmitifique ciertas ficciones, que destruya barreras y que abra oportunidades a aquellos que han sido oprimidos por tanto tiempo. *Sapiens* no es solamente un recuento de la historia de la humanidad, también es un llamado a la acción.

Conocer nuestro pasado, como especie, es la única manera de comprender nuestro presente y trabajar proactivamente en nuestro futuro. Esta tarea es particularmente relevante para aquellos involucrados en cualquier área del derecho. Nuestros jueces, legisladores, líderes y abogados deberían mostrar interés en el estudio de la historia de la humanidad y en específico, la historia del Ecuador y sus distintas sociedades. De esta manera, estaremos conscientes de los orígenes de las jerarquías sociales, tan profundamente arraigadas en nuestra sociedad ecuatoriana.

Admito abiertamente que mi historia académica no incluye estudios en conexión con la historia, sociología, antropología o psicología. Esta reseña no pretende un análisis exhaustivo de estas áreas de las ciencias sociales. Esta reseña ha sido escrita por una abogada que, al leer un libro de historia, reconoce la importancia de comprender nuestro pasado

---

<sup>7</sup> Agustín Pániker Vilaplana. *La sociedad de castas: Religión y política en la India* (España: Editorial Kairós, 2014).

como especie para poder efectuar ciertos cambios en nuestro futuro. Es tiempo ya de dejar de creer en una sola narrativa que nos ha sido comunicada en nuestros primeros años de estudio. Abrirse a nuevas narrativas, revivir el pasado, y comprender nuestro presente es la única manera de escribir un futuro más alentador.

*Sapiens* no es una nueva publicación, pero no por ello deja de ser novedosa. El controversial análisis de Harari respecto a la evolución de la especie humana no solamente pretende reconstruir un pasado que sigue siendo incierto más pretende esclarecer el futuro de la raza humana. Discutir sobre temas relevantes tales como la desigualdad de género, la raza, y los derechos de grupos LGBTQ2S+, resulta banal si no comprendemos el origen de tales ficciones. Si bien ciertas afirmaciones en *Sapiens* pueden resultar un tanto polémicas

y contenciosas, el proceso de deconstrucción que se desemboca a partir de su lectura es necesario para replantearnos nuestro futuro.

### **Bibliografía**

Harari., Yuval Noah *Sapiens*. Estados Unidos de América: Signal McClelland & Stewart, 2016.

Pániker Vilaplana, Agustín. *La sociedad de castas: Religión y política en la India*. España: Editorial Kairós, 2014.

Parker, Ian. «Yuval Noah Harari's history of everyone, ever». *The New Yorker*, febrero de 2020. Acceso 5 de octubre de 2021. <https://www.newyorker.com/magazine/2020/02/17/yuval-noah-harari-gives-the-really-big-picture>

# ENSAYO

## Deconstruir el poder punitivo desde Borges

Alba Silva <sup>1</sup>

Cómo citar: Silva, Alba (2022).  
Deconstruir el poder punitivo desde Borges. (Ensayo).  
IUS Constitutionale, 3, 180-187.  
[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

### Resumen

El universo borgeano está construido desde ilusiones disruptivas, espacios metafísicos donde la finitud y el orden lógico no tienen cabida. Por el contrario, el poder punitivo está radicalizado en una estructura jerarquizada que legitima el orden hegemónico. En este sentido, el presente trabajo se propone indagar sobre las posibles consideraciones de Borges con respecto al Estado, el poder y los estereotipos del discurso punitivo. Desde un enfoque interpretativista, se examinará la dinámica constante entre ontología y epistemología, que caracteriza a la deconstrucción.

### Palabras clave:

Poder punitivo, Borges, Derecho, literatura, Estado.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Central del Ecuador. Tesista de la Maestría de Investigación en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Conflicto en FLACSO, Ecuador. Posee estudios en política pública y cultura en China y Alemania. Se ha desempeñado como asesora jurídica en instituciones como la Asamblea Nacional del Ecuador y el Tribunal Contencioso Electoral. Actualmente, trabaja como abogada en libre ejercicio y es parte del equipo de investigación del Departamento de Paz y Conflicto de FLACSO. Cuenta con publicaciones y ponencias en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Militar de Bogotá.

## Introducción

Derrida -el filósofo de la deconstrucción- comprende los vínculos entre el poder, la violencia y la justicia. A través de la dicotomía del lenguaje se subordina a unos sujetos sobre otros: lo positivo y lo negativo, el yo y el otro. Deconstruir es re significar el poder del subordinado, deconstruir es inventar desde lo que ya está construido, el in-venire del otro. En palabras de Jacques Derrida: “el concepto de invención distribuye sus dos valores esenciales entre los dos polos del constativo (descubrir o desvelar, manifestar o decir lo que es) y del performativo (producir, instituir, transformar)”<sup>2</sup>.

Borges inventa y deconstruye en el desarrollo de su obra. “No importa leer sino releer”<sup>3</sup>, principio de intertextualidad posestructuralista del discurso. De acuerdo con Ludmer: “Es un miniaturista que pide una lectura de miniaturista, es decir, una posición de lectura precisa fundada en una teoría literaria, la de la autonomía de la literatura del s. XX: la de los formalistas rusos, los estructuralistas, y también la lectura adorniana o frankfutiana y postestructuralista, intertextual”<sup>4</sup>.

En Pierre Menard, autor del Quijote, Borges disuade con ironía lo sacramental de una de las obras más importantes

del castellano: “El texto de Cervantes y el de Menard son verbalmente idénticos, pero el segundo es casi infinitamente más rico”. Menard, un simbolista de Nimes, que se interesó por la reescritura del Quijote. Menard, en tanto es francés tiene otros autores insoslayables como Baudelaire o Mallarmé. Sin embargo, el personaje no sólo se interesa por Cervantes y el Quijote, sino que lo supera porque *desatiende o proscribire el color local*.

La literatura de Borges<sup>5</sup> va a referirse constantemente al olvido de lo local y lo personal, lo que presupone un autor que rehúye de los nacionalismos y de la figura homogeneizante del Estado. En la trama de algunos de sus relatos, encontramos cuestionamientos con respecto al poder. Su literatura fantástica/metafísica examina los modos de organización social y presenta, en situación narrativa, organizaciones institucionales fundadas en la opacidad del poder, en la arbitrariedad o en el despotismo<sup>6</sup>.

Borges relata un mundo donde prevalece el desorden, cuando el principio de la ley está oculto o ausente; por ejemplo, en los cuentos *La lotería en Babilonia* y *La biblioteca de Babel* se presentan escenas que consolidan el poder arbitrario, el mito y el azar. En este sentido, es necesario preguntarse si el principio de la ley rige el po-

2 Jacques Derrida, *Psyché: Invenciones del otro* (Buenos Aires: La Cebra, 2014).

3 Jorge Luis Borges, *Utopía de un hombre que está cansado, El Libro de Arena* (Buenos Aires, editorial Lumen), 486.

4 Josefina Ludmer, *¿Cómo salir de Borges? Jorge Luis Borges, intervenciones sobre pensamiento y literatura*. Ed. por William Rowe, Claudio Canaparo y Annick Louis (Buenos Aires, Paidós, 2000), 93.

5 Después de su etapa criollista: Rosa, Luis Othoniel. Comienzos para una estética anarquista. Borges con Macedonio (Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio, 2016).

6 Beatriz Sarlo, *Borges, un escritor en las orillas* (Buenos Aires: Ariel, 1995).

der punitivo actual o solamente es un instrumento de disciplinamiento.

De acuerdo con Zaffaroni<sup>7</sup>, el orden punitivo fue creado con el objetivo de disciplinar la sociedad, mediante el reemplazo de elementos paganos o disfuncionales por los elementos que patrocinan la jerarquía corporativa, política y eclesiástica. Elementos que de acuerdo con el jurista, han prevalecido desde los orígenes de la manifestación más orgánica del poder punitivo: La Inquisición.

Bajo los preceptos enunciados, se analizará el poder punitivo desde dos estructuras conceptuales: la primera el Estado como una forma de funcionamiento social que es narrada en el universo borgiano; y por otro lado, la deconstrucción de los estereotipos sobre los que se forja el sistema punitivo desde la obra de Borges.

### **Crítica al poder punitivo del Estado desde Borges**

El Leviatán es una de las figuras que precedieron la creación de los Estados. El hombre es concebido por Hobbes como un ente con inclinación innata al poder, *El hombre es lobo del hombre*, y el poder no se concibe únicamente desde una posición de dominio, sino desde una relación contractual, cuyo objetivo es la preserva-

ción de la paz civil, al mando de una autoridad efectiva<sup>8</sup>. Sin embargo, es primordial mencionar que Hobbes es un autor del absolutismo, por tanto sus escritos políticos tienen el objetivo de apoyar la hegemonía monárquica.

A partir de la idea de representación contractual, es el soberano quien ejecuta autoridad, sin que el pueblo pueda ejercer oposición. Si bien, en el Leviatán se menciona al pueblo como un ente titular de derechos que deben ser transferibles, el poder del pueblo es un concepto que se va desarrollando en procesos histórico posteriores, como la Ilustración.

En efecto, los postulados de Hobbes son tomados por Kant para desarrollar lo que en filosofía del Derecho se llama Rechtsstaat (Estado de Derecho). El Derecho Público se fundamenta en la necesidad de salir del estado de anomia para entrar en un status jurídico que, según los teóricos liberales, asume la garantía de nuestros derechos. Kant<sup>9</sup> piensa a la Ley Penal como una posibilidad de coacción, que a través de la pena garantiza seguridad. Bajo esta óptica, el filósofo considera que la legislación de una ley penal tiene un solo fin: la prevención de futuros crímenes.

El poder punitivo se desarrolla a partir de las facultades que tiene el Estado para penar a quien comete un deli-

7 Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (Bogotá: Ibáñez, 2006), 103.

8 Catlin George. "Thomas Hobbes and Contemporary Political Theory". *Political Science Quarterly* 82, No. 1 (1967): 1-13. <http://www.jstor.org/stable/2147297>

9 Kant, Immanuel. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis Die Metaphysik der Sitten [TP]. *Gesammelte Schriften*, Band VIII. [1793]. Berlin: Akademie-Ausgabe, Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften; Walter de Gruyter, 1900 usw. 275-313

to<sup>10</sup>. Dicho delito debe estar promulgado para que sea conocible, según el principio de legalidad, normalmente atribuible a Feuerbach “*nullum crimen sine lege*”. El problema con el poder punitivo, según Zaffaroni<sup>11</sup>, es la carencia de un modelo de solución de conflictos, por lo tanto es un modelo de solución vertical. El Estado anula a la víctima y los derechos del victimario, en este sentido, sus poderes se sobredimensionan en el Leviatán inflado que busca reparar su autoridad dañada.

Un proceso que busca el disciplinamiento social a través del sistema carcelario oprime el sistema garantista, en tanto no establece los límites del poder estatal<sup>12</sup>. El deber ser del sistema penal de ultima ratio, se maneja en función con la protección de bienes jurídicos más que la protección de la norma<sup>13</sup>. De acuerdo con lo establecido, nos preguntamos: ¿Qué es lo que le interpela a Borges con respecto al disciplinamiento social? ¿Cómo Borges concibe la justicia a través del Estado?

En 1946 el autor escribe el ensayo *Nuestro pobre individualismo*, en el cual manifiesta:

(...)El más sugerente de los problemas de nuestra época (ya denunciado con profecía lucidez por el casi olvidado Spencer) es la gradual intromisión del Estado en los actos del individuo; en la lucha con ese mal (...) El nacionalismo

quiere embelesarnos con la visión de un Estado infinitamente molesto<sup>14</sup>

Podemos ver a un Borges que valora la individualidad, lo subjetivo. Esa gradual intromisión del Estado, que molesta al autor, podría relacionarse con la mínima intervención del derecho penal y la protección estricta de bienes jurídicos.

En *El Aleph* encontramos figuras abstractas, metafísicas, infinitas que se contraponen a un orden lógico sea éste normativo o estatal: “Vi el Aleph, desde todos los puntos, vi en el Aleph la tierra, y en la tierra otra vez el Aleph y en el Aleph la tierra”<sup>15</sup>. El territorio, uno de los elementos trascendentales del Estado westfaliano, encuentra también una propuesta insurrecta: “Me pregunté sin mucha curiosidad si estaba en Oklahoma o en Texas o en la región que los literatos llaman la pampa”<sup>16</sup>. Consecuentemente, la territorialidad y el nacionalismo pierden importancia: “En las escuelas nos enseñan la duda y el arte del olvido. Ante todo el olvido de lo personal y lo local”<sup>17</sup>.

Sobre la justicia, Borges entiende que todo orden promulga violencia, el personaje Otto Dietrich zur Linde, un oficial nazi que asume la responsabilidad sobre la muerte de un poeta judío y en primera persona manifiesta: “No pretendo ser perdonado, porque no hay culpa en

10 Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal: parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002).

11 *Ibidem*.

12 Luigi Ferrajoli *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1997).

13 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. (Madrid: Civitas, 1997), 137.

14 Jorge Luis Borges, *Nuestro pobre individualismo, Obras Completas II* (Barcelona: Emecé Editores, 1996), 36.

15 Jorge Luis Borges, *El Aleph, Obras Completas* (Buenos Aires: Editorial Lumen, 1946).

16 Jorge Luis Borges, *Utopía de un hombre que está cansado, Obras Completas* (Buenos Aires: Editorial Lumen, 1975), 484.

17 *Ibidem*, 486

mí, pero quiero ser comprendido”<sup>18</sup>. Inferimos la comprensión y la culpa en relación al debido proceso y la presunción de inocencia, principios carentes de un poder punitivo de tradición inquisitiva.

En concordancia, también se deduce, la pena como un instrumento único desde el poder estatal, incluso político, excluyente de la víctima:

¿Qué sucedió con los gobiernos? -Según la tradición fueron cayendo gradualmente en desuso. Llamaban a elecciones, declaraban guerras (...) ordenaban arrestos y pretendían imponer la censura y nadie en el planeta los acataba (...) Los políticos tuvieron que buscar oficios honestos; algunos fueron buenos cómicos o buenos curanderos<sup>19</sup>.

La obra de Borges desarrolla el paradigma de una sociedad construida con violencia, aun cuando existe legitimación social para establecer el grado de violencia, que termina siendo la pena, y las razones que la legitiman.

### **Estereotipos del discurso punitivo desde Borges**

Por excelencia, el discurso punitivo ha sido discriminatorio, la herencia medieval mantiene la figura del otro como objeto amenazante a la seguridad de los poderes hegemónicos, manifestados a través del aparato estatal. En esta sección exploraremos la filosofía de la otredad planteada por Borges.

La Inquisición plasma su discurso criminológico con el Manual de Inquisición oficialmente aprobado por el papado: *Malleus Malificarum* (El Martillo de las Brujas).

En dicha obra, dos elementos resaltan, el primero es la existencia de un ente maligno que pone en vilo al poder, es decir las brujas, el Otro; cuya inclinación al mal se condiciona genéticamente a quienes son “biológicamente inferiores”. El segundo elemento desarrolla la inmunidad al mal de quien ejerce el poder punitivo, es decir, se establece un sistema jerarquizado y dual entre buenos y malos.

Los preceptos persecutorios de la Edad Media fueron repetidos más tarde por el orden punitivo, incluso Lombroso los usaría en su tesis con respecto al criminal nato. Aún más preocupante, es el hecho de que las dicotomías discriminatorias sean usadas en el orden jurídico actual para establecer una selección del criminal y la víctima.

El discurso securitario y el populismo penal han vuelto a crear al enemigo -las minorías, que están lejos del poder y la toma de decisiones-. Al respecto, Vilhena sostiene que las personas más pobres, tanto en sentido material como político son invisibles o demonizados. Si este grupo poblacional ejerce violencia, es demonizado, se le aplica el poder punitivo. Pero

<sup>18</sup> Jorge Luis Borges, *Deutsches Requiem, Obras Completas* (Buenos Aires: Editorial Lumen, 1946).

<sup>19</sup> Jorge Luis Borges, *Utopía de un hombre...*

si los grupos marginados son victimizados no encuentran en justicia en el poder.

El poder punitivo criminaliza seleccionando a quienes encuadran en estereotipos criminales por ser, supuestamente, sólo capaces de obras ilícitas. Muy excepcionalmente, se criminaliza a alguien que cuenta con el poder hegemónico estatal. Es decir, el poder punitivo es un instrumento discriminatorio, en tanto no se ostenta poder.

La mirada del Otro mediante la supresión de estereotipos tiene relación con lo que podría considerarse justicia. En este sentido, Levinas establece “cerrarse a la experiencia del cara a cara en la que el otro no funciona como tu familiar e íntimo, sino como una humanidad que necesita el rostro que nos exige justicia...” “la relación interpersonal que establezco con el otro debo también establecerla con los otros hombres: existe pues la necesidad de moldear este privilegio del otro: de ahí la justicia”.

Encontramos también, en Borges un miramiento a la filosofía de la otredad y la valoración de lo subjetivo sobre los estereotipos.

Tal como se mencionó, Pierre Menard, un francés que se interesó por el Otro, *El Quijote*, una obra ajena a su territorio, a su idioma. El mismo Borges, fue políglota y escribió parte de su obra en inglés. Como se ha dicho, el olvido del color local,

es una epistemología que está presente en Borges y que nos invita a pensar otros mundos, más allá de elementos discursivos que categorizan lo bueno y lo malo: la mujer, el pobre, el extranjero.

“La ambigüedad es una riqueza” dice quien quizá sea uno de los mayores escritores del siglo XX. Nos dice: lo normativo, la lógica aristotélica de lo blanco y lo negro, el todo y la nada no pueden aplicarse en un mundo que está compuesto por infinitos como en el *Aleph*, por una multiplicidad de individualidades. Porque el sistema punitivo no trabaja con objetos, aunque ha tratado de apropiarse de los cuerpos, los espacios y las identidades; el sistema penal actúa sobre personas, cuyos derechos son inalienables. Borges apela por ese otro, el victimario. La reescritura del *Martín Fierro* advierte: “Cumplida su tarea de justiciero, ahora era nadie. Mejor dicho era el otro: no tenía destino sobre la tierra y había matado a un hombre”.

## Conclusiones

El poder punitivo se ejerce a través de un Leviatán inflado, en el que se obnubilan los derechos de la víctima y el victimario. El rezago de *La Inquisición*, ha hecho que el proceso penal sea un ámbito de acción del Estado, un Estado herido por el incumplimiento de la norma.

No hay solución de conflictos dentro del poder punitivo, la estructura de poder inquisitiva asegura un proceso vertical que

mantiene un orden jerarquizante. El Estado kantiano ha fallado en tanto no hay garantía del cumplimiento de derechos.

Borges se interesó por las paradojas del funcionamiento social y a modo narrativo planteó críticas con respecto al Estado y los estereotipos que devienen del poder punitivo. El olvido de lo personal y lo local, una filosofía constante manejada en mundos metafísicos, infinitos, anacrónicos.

Así también, el sistema de justicia debe deconstruir los paradigmas del medioevo, mirar lo desconocido y la otredad para contemplar otros modos de construcción social. El sistema punitivo es homogeneizante en tanto se apropia de los espacios, los cuerpos, la individualidad: “Me has dicho que te llamas Eudoro; yo no puedo decirte cómo me llamo, porque me dicen alguien”.

## Bibliografía

- Barili, Amelia. (1995). [Review of Out of Context. Historical Reference and the Representation of Reality in Borges, by D. Balderston]. *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 21(42), 267-269. <https://doi.org/10.2307/4530844>
- Borges, Jorge Luis. *Pierre Menard, autor del Quijote*. Buenos Aires: Obras Completas, 1944.
- *El Aleph, Obras Completas*. Buenos Aires: Editorial Lumen, 1946.
- *Deutsches Requiem, Obras Completas*. Buenos Aires: Editorial Lumen, 1946.
- *Utopía de un hombre que está cansado, El Libro de Arena*. Buenos Aires, editorial Lumen, 1975.
- *El milagro secreto*. Buenos Aires: Editorial Lumen, 1975.
- Catlin, George. “Thomas Hobbes and Contemporary Political Theory”. *Political Science Quarterly* 82, No. 1 (1967): 1-13, <http://www.jstor.org/stable/2147297>
- Derrida, Jacques. *Psyché: Invenciones del otro*. Buenos Aires: La Cebra, 2014.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- Kant, I. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis Die Metaphysik der Sitten [TP]. *Gesammelte Schriften, Band VIII*. [1793]. Berlin: Akademie-Ausgabe, Kant’s gesammelte Schriften herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften; Walter de Gruyter, 1900 usw. 275-313
- Levinas, Emmanuel. *Ética e infinitud*. España: La Balsa de la Medusa, 2000. — *Totalidad e infinito*. Salamanca: Sígueme, 2002.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. Madrid: Civitas, 1997.

Sarlo, Beatriz. *Borges, un escritor en las orillas*. Buenos Aires: Ariel, 1995.

Vilhena, Oscar. "Desigualdad y Estado de derecho, en Sur". *Revista internacional de derechos humanos* No. 6, 2007.

Eugenio Zaffaroni. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

— *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ibáñez, 2006.

— *El discurso feminista y el poder punitivo En Las trampas del poder punitivo*. Editado por Haydée Birgin. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

# MUESTRA DE POESÍA

## Amanda Pazmiño Torres, o el lenguaje del mar

Miguel Molina Díaz <sup>1</sup>

Cómo citar: Molina Díaz, Miguel (2022).  
Amanda Pazmiño Torres, o el lenguaje del mar. (Muestra de poesía).  
IUS Constitutionale, 3, 188-195.  
[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

Dos temas sobresalen en las indagaciones estéticas de la poeta Amanda Pazmiño Torres, en su libro *Les hablaré de ti a todos los mares que fragüen un hogar en mis ojos* (El Quirófano Ediciones, 2020). En primer lugar, el mundo de los afectos, evocado como una realidad sensible y sensorial, una memoria palpitante, una marca en la piel. En segundo lugar, el hecho de habitar el propio cuerpo, que es una exploración del primer territorio que recorreremos los seres humanos, de sus texturas, sus macizos y llanos. Ambos temas, por medio del lenguaje, se vuelven una imagen, un reflejo, una experiencia viva.

A partir de una invocación de las palabras y su poder creador, Amanda Pazmiño Torres se propone el acto de nombrar: recorre la geografía humana y a cada espacio le otorga un nombre, una denominación geofísica, un lugar en el mapa del mundo. Hay laderas, animales, paisajes. Y así mismo, desde la conciencia de habitar un puerto, frente a la ría, asciende a las montañas de la sierra, a los 2850 metros de una ciudad sobre los Andes, con viento a 15 km/h. El país, el continente, sus literaturas, son también reflejos que aparecen en el cuerpo-lobo-de-páramo: “Hubo un río al que le di mi nombre, / hubo una voz en la que supe reconocerme.”

“¿Cuál es tu límite más frágil?”, se pregunta Amanda, en uno de sus versos. Y es que la idea del naufragio está presente, porque los poetas son seres que recorren las sombras, los lugares más abyectos, las posibilidades tristes, y, como Amanda, muchas veces salen airoso, por eso escriben pese al naufragio. Son poderosas las nuevas voces de la poesía ecuatoriana, están decididas a la valentía, a la memoria, y, si cabe, a la odisea. No sienten temor, ni siquiera a la inmolación si es que esta tiene un sentido y una consciencia.

---

<sup>1</sup> 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. Sus áreas de investigación son derecho de libertad de expresión, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derecho constitucional, y estudios interdisciplinarios entre literatura y derecho. Actualmente es columnista de El Universo, profesor de la Universidad de Las Américas, y Coordinador Técnico de Difusión del CEDEC de la Corte Constitucional.

Toda estructura humana es una posible hoguera, un sacrificio, un rito: “Cada cuerpo es un horizonte que culmina/ en un grano de arena iridiscente”.

La poesía de Amanda, en el propósito transformador que se impone a sus intenciones y alcances, es una propuesta que, en el acto de nombrar, contiene una voz de mujer, una experiencia poderosamente femenina, quizá porque parte del “amor de las raíces”: “Nunca me abandones, hija de las mareas,/ ven y canta en tu sol y en designio de tu fortaleza.” La voz de la poeta es una voz que se levanta con sentido histórico y geográfico, un cuerpo consciente de su contexto y de su forma de ver y asumir la tradición de la poesía latinoamericana: sin pena ni miedo. Es indudable que Raúl Zurita, poeta de alcances planetarios, ha guiado este primer libro de Amanda, acaso un libro cuyo objetivo es la búsqueda de una voz propia, pero profundamente honesto y libre de inseguridades. Es decir, Amanda se sabe, ante todo, poeta. Decía Cesare Pavese: “Es bonito escribir porque reúne dos alegrías: hablar solo y hablarle a la multitud”.

Para la tercera edición de *Ius Constitutionale, Revista de Derecho Constitucional*, presentamos a nuestros lectores una pequeña muestra del primer libro de poesía de esta excelsa escritora.

## Amanda Pazmiño Torres (Quito, 1993)<sup>2</sup>

### XXIX

Supe escuchar.

Madurez no es amarrarse una rutina al pecho  
es afinar el deseo de habitar el sosiego.

Creecer equivale a multiplicar el tiempo ganado  
y tomar con ternura las propias mejillas  
para trazar el futuro.

Reconocer una hoja en blanco  
como el principio de todo nacimiento.

---

<sup>2</sup> Amanda Pazmiño Torres (Quito, 1993). Escritora y docente de Literatura e Inglés. Realizó su maestría en Estudios de la Cultura (UASB, Quito). Dirige el taller de escritura poética "Camino hacia el equilibrio: palabras que sanan". Obtuvo el primer premio del Festival de Poesía "Ileana Espinel Cedeño" 2019.

### XXX

¿Conoces, dime la progresión del océano  
y su danza?  
Aquel canto escribo, cada elemento lo regenera  
todo.

Ahora habito la serenidad del agua  
que abraza a todas las formas de vida  
que equilibran el océano.

Cada cuerpo es un horizonte que culmina  
en un grano de arena iridiscente.

## XXI

El desierto fue un origen  
para nuestros ojos  
en el que escuchamos  
la sinfonía más cercana  
a los verbos que ensamblan  
armónicamente nuestros corazones.

Veo futuro en el oxígeno  
y en los nutrientes que se integran  
al suave oleaje de mis células.

## XXXII

Este amor en mí edificado  
procura a tiempo mis palabras elegidas  
como una ofrenda a la vida que no puede detenerse  
y a la refracción de la luz que renace en el momento  
justo.

### XXXIII

Ser del tiempo, que los sonidos de tu boca  
eleven la sabiduría en tus acciones  
para liberarte de los miedos.

Te veo sanar con la grandeza de la ría, la mar,  
y las cascadas bajo la luna en la fiesta del sol.

Te veo habitar la luz con todo lo que nos permite  
amanecer  
y tocar los latidos con las manos que siembran.

**XXXII**

Me pertenezco.

Pertenezco a la fragua, a la mar y a las montañas.

Pertenezco al infinito cielo

como una niña en los brazos de su madre.

Pertenezco a la belleza de los caballos-cascada del páramo

y sus crías que me preguntan por las estrellas que vuelven a nacer en mis ojos.

Pertenezco al viento indetenible

que no conoce de fronteras

ni de fondos.

Pertenezco al blanco, al fuego púrpura,

al azul de la marea.

Pertenezco a las espirales de la lumbre

al rojo, al naranja y al amarillo.

Pertenezco al verde serpiente, al color de la tierra

y a su humedad.

Y nombro esta brisa como presencia de mi espíritu.

Me pertenezco y envuelta de flores

veo brotar los frutos de mi siembra.

# MUESTRA DE FOTOGRAFÍA

## “Miradas sin fronteras”: Una reflexión fotográfica acerca de la migración

Ricardo Enrique Ortiz <sup>1</sup>

Cómo citar: Ortiz, Ricardo Enrique (2022). “Miradas sin fronteras”: Una reflexión fotográfica acerca de la migración. (Muestra de fotografía). IUS Constitutionale, 3, 196-205. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius\\_n3\\_2021.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/ius_n3_2021.pdf)

Cada vez que viajamos a un país diferente, nuestro pasaporte se llena de marcas, de estampas, o de grabados, y en ese inmenso espacio de desplazamiento humano, que suelen ser los aeropuertos o los puestos migratorios en frontera, hay personas que no son viajeros ocasionales y que definitivamente llegan a cualquier parte del mundo a quedarse, al menos por un tiempo, y dejar que las tradiciones y costumbres de ese sitio los envuelvan, mientras ellos comparten las suyas. Es ese intercambio de manifestaciones lo que signa a la experiencia de vivir como migrante.

Ser migrante es convertirse es un libro lleno de historias, de relatos, de cuentos. Un libro que, cada día fuera de casa, se transforma en capítulos no contados, sin prólogo, sin índice y que son difíciles de procesar.

Migrar es parecido a llegar como principiante a un nuevo club deportivo, a una nueva comunidad. Entrenas, te adaptas, juegas e incluso pagas la novatada. Pero es la pasión con la que haces las cosas lo que te ofrece el puesto titular. Y todo ese esfuerzo es duro, cuando vives solo, en un país que no es el tuyo.

Pasar de viajero ocasional a migrante es cambiar tu mochila por una maleta de ruedas en la que llevas tu vida entera, es tomar un avión por una razón definitiva, es llevar tus raíces como un sello de identificación. Ambas experiencias tienen algo en común, pueden documentar tu existencia a través de las palabras, de las imágenes, de los gestos.

---

<sup>1</sup> Caracas (Venezuela), 1983. Bibliotecólogo egresado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Periodismo Digital y Diplomado en Técnicas y Artes Fotográficas egresado de la Universidad Monteávila. Coordina el proyecto educativo-deportivo Rugby Read. Colaboró como Vice-Presidente en la Asociación Nacional de Bibliotecarios Eugenio Espejo en el país ecuatorial. Actualmente se desempeña como Analista de Biblioteca en la Corte Constitucional del Ecuador y participa como editor de la revista Infotecarios Magazine y cómo colaborador en la ONG “Redes con Rostro”.

Ser migrante, a veces, es como convertirse en padre o madre. Es lanzarse al vacío y nacer en la caída mucho más fuerte, es tener miedo, y confirmar que ya no importa el obstáculo porque no tienes más opción que hacerlo bien. Es sacrificar mucho sin importar lo que pierdes, porque siempre se gana, o esa es tu esperanza. Es abrazar esos temores que nos hacen ser simplemente humanos.

Es darte cuenta de que las nacionalidades, cómo las fronteras, son un mero convencionalismo entre ciertas personas. Si bien es cierto que los que solemos migrar tenemos los pies de un lado y el corazón en el otro, nuestras historias, por muy diferentes que sean, siempre terminan pareciéndose.

Migrar es no saber lo que estamos buscando. Es montarnos en ese avión, en ese bus o en ese ferrocarril con un equipaje lleno de recuerdos. Es sentir el mismo temor y la misma incertidumbre ante idiomas desconocidos, otras gastronomías, nuevas maneras de ver el mundo; poniendo en el rostro con todas las fuerzas una sonrisa que nos ayude a suprimir esas barreras.

Migrar es descubrir dones que no sabías que tenías, es presumir la incomodidad de que nadie entienda tus intenciones, tus valores y los principios que algún día te inculcaron. Es entender que no es fácil estar en un país donde tienes que empezar de cero.

Migrar me permitió conocer a un Andrés, a un François, a una Katherine, a una Diana y a una Elsa, sin dejar de mencionar a un Santiago, Camilo o Paul, ya que, gracias a ellos, entendí que independientemente de sus nacionalidades, todos somos ciudadanos del mundo, viajeros ocasionales o definitivos, pasaportes, historias, anhelos.



Un niño mira a través de la ventana la carretera que conduce desde Ibarra a Quito, luego de transitar dos días y medio de viaje desde la frontera colombo-venezolana. (Quito, 2019)



Un pasajero espera el llamado para embarcar su vuelo en el pasillo del Aeropuerto Internacional Simón Bolívar, en medio del segundo boom migratorio venezolano (Caracas, 2015)



Un viajero camina por el boulevard de las Naciones Unidas ubicado en el sector centro norte de la capital ecuatoriana (Quito, 2016)



Un ciudadano ecuatoriano espera la hora de embarque de su vuelo a la ciudad de Nueva York, en medio de una nueva ola migratoria. (Quito, 2021)



Un ciudadano venezolano camina por las calles de Quito con el famoso “Bolso de la Beca” que fue parte del combo escolar durante las políticas sociales implementadas por el gobierno de Hugo Chávez Frías. (Quito, 2020)



Una madre con sus hijos descansa en el campamento instalado en la frontera colombo-ecuatoriana para seguir su viaje rumbo a Perú. (Rumichaca, 2018)



Una mujer prepara la “hallaca” (plato típico navideño) con una gorra alusiva a la bandera de Venezuela, en su primer año como emigrante. (Ibarra, 2017)



Dos hermanos recorren con su “Food Truck” para dar a conocer la comida venezolana. (Ibarra, 2019)



Un voluntario francés enseña los principios básicos del rugby a niños de escasos recursos ubicados en el sur de la capital ecuatoriana. (Quito, 2018)



Una familia de emigrantes camina con sus bolsos viajeros en una de las calles de la capital ecuatoriana, en medio de la pandemia generada por el COVID 19. (Quito, 2021)



Una ciudadana ecuatoriana envía un mensaje de texto a sus familiares que viven en Colombia, mientras ella viaja a visitarlos. (Esmeraldas, 2018)



Con la frase “Me duele que mi obra sea justamente para las despedidas del país” del arquitecto Carlos Cruz Diez, un grupo de viajeros hacen fila para entrar a la puerta de embarque en el Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de Venezuela sobre la obra “Color Aditivo” del arquitecto venezolano. (Caracas, 2015)

# COLABORADORES

**Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín**

Correo electrónico: agustin@uniovi.es

Salamanca (España), 1959\_ Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Oviedo; Catedrático de Universidad de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo; Magistrado de la Corte de Apelación de Asturias; Presidente de la Asociación Iberoamericana de Profesores y Profesoras de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

**Alba Silva Salazar**

Correo electrónico: ansilvafl@flacso.edu.ec

Quito (Ecuador), 1993\_ Abogada por la Universidad Central del Ecuador. Tesista de la Maestría de Investigación en Relaciones Internacionales con Mención en Seguridad y Conflicto en FLACSO, Ecuador. Posee estudios en política pública y cultura en China y Alemania. Se ha desempeñado como asesora jurídica en instituciones como la Asamblea Nacional del Ecuador y el Tribunal Contencioso Electoral. Actualmente, trabaja como abogada en libre ejercicio y es parte del equipo de investigación del Departamento de Paz y Conflicto de FLACSO. Cuenta con publicaciones académicas en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá.

**Byron Villagómez Moncayo**

Correo electrónico: byron.villagomez@cce.gob.ec

Quito (Ecuador), 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/>.

**Camilo Pinos Jaén**Correo electrónico: [cpinosj@ucacue.edu.ec](mailto:cpinosj@ucacue.edu.ec)

Zamora Chinchipe (Ecuador) 1985\_ Abogado de los Tribunales de la República y Mediador por la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Diplomado en Formación de Investigadores por la Universidad Autónoma de Nueva León, México. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Otavalo, Ecuador. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Ecuador. Egresado de la maestría de Investigación en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Estudiante en la maestría Derecho Procesal Penal y Litigación Oral por la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional. Abogado en libre ejercicio.

**Daniela Erazo Galarza**Correo electrónico: [daniela.erazo@uisek.edu.ec](mailto:daniela.erazo@uisek.edu.ec)

Loja (Ecuador) 1987\_ Abogada por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ingeniera Comercial por la Universidad Nacional de Loja, Magister en Derecho mención Derecho Tributario, Especialista en Tributación y Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Internacional SEK.

**Gandhi Vela Vargas**Correo electrónico: [gandhi.vela@cce.gob.ec](mailto:gandhi.vela@cce.gob.ec)

Quito (Ecuador) 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.

**Marcelo Guerra Coronel**Correo electrónico: [mguerrac@ucacue.edu.ec](mailto:mguerrac@ucacue.edu.ec)

Cuenca (Ecuador), 1989\_ Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Jurisprudencia de la Univer-

sidad de Cuenca. Magister con Distinción en Investigación en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato PhD en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca. Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar.

**María José Mogrovejo**

Correo electrónico: mmogrovejoserna@gmail.com

Medellín (Colombia), 2000\_ Estudiante de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. Vicepresidenta Asociación Escuela de Derecho (2020-2021). Vicepresidenta Club de Naciones Unidas UIDE (2020-2021). Participación en el modelo de las Naciones Unidas de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador MUNLEAI. Participación en concurso de Litigio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Universidad de las Américas. Participación VI Concurso de Litigio Constitucional Edición Internacional, 2020.

**María Paz Jervis**

Correo electrónico: mariapaz.jervis@uisek.edu.ec

Quito (Ecuador), 1980\_ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, Máster en Relaciones Internacionales, Seguridad y Derechos Humanos, Especialista en Género por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UISEK.

**María Susana Bastidas**

Correo electrónico: mariasusanabastidas@gmail.com

Ibarra (Ecuador), 1993\_ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito; Máster en Derecho por la Universidad de Toronto y Abogada por la Sociedad de Abogados de Ontario, Canadá. Se ha desempeñado como abogada corporativa y de mercado de valores con un enfoque en empresas de tecnología. Miembro de la junta directiva de Latinas in Tech en Canadá, organización sin fines de lucro presente en seis países cuya misión es crear espacios seguros para el aprendizaje, tutoría y reclutamiento de mujeres latinas en el área de tecnología.

**Miguel Molina Díaz**

Correo electrónico: miguel.molina@cce.gob.ec

Quito (Ecuador), 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.

**Ricardo Ortiz Colmenarez**

Correo electrónico: ricardo.ortiz@cce.gob.ec

Caracas (Venezuela), 1983\_ Bibliotecólogo egresado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Periodismo Digital y Diplomado en Técnicas y Artes Fotográficas egresado de la Universidad Monteávila. Coordina el proyecto educativo-deportivo Rugby Read. Colaboró como Vice-Presidente en la Asociación Nacional de Bibliotecarios Eugenio Espejo en el país ecuatorial. Actualmente se desempeña como Analista de Biblioteca en la Corte Constitucional del Ecuador y participa como editor de la revista Infotecarios Magazine y cómo colaborador en la ONG “Redes con Rostro”.

**Rubén Calle Idrovo**

Correo electrónico: ruben.calle@cce.gob.ec

Gualaquiza (Ecuador), 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 Garrido Salas**

Correo electrónico: [valeria.garrido@cce.gob.ec](mailto:valeria.garrido@cce.gob.ec)

Quito (Ecuador), 1996\_ Licenciada Multilingüe en Negocios y Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ha colaborado en proyectos de investigación en temas de política exterior, trabajo doméstico, género, derecho internacional y derecho constitucional. Se desempeñó como miembro del Consejo de la Facultad de Comunicación Lingüística y Literatura. Ganó la V edición del International Business Challenge organizado por la PUCE. Además, ha participado en varias ediciones del MUNLEAI y eventos académicos organizados por la Universidad de las Américas y la Universidad de las Fuerzas Armadas. <https://www.linkedin.com/in/valeria-garrido-71b8o417b/>.

# IUS Constitutionale

REVISTA DE DERECHO CONTITUCIONAL

© Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional del Ecuador.  
Todos los derechos quedan reservados. La reproducción de los contenidos se autoriza citando la  
fuente. Las opiniones y contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores.