

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

“LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

AUTORA:

Ana Belén Machuca Zea

C.I. 1803869435

DIRECTOR:

Dr. Edgar Gustavo Tamayo Jaramillo

C.I. 0101386985

CUENCA - ECUADOR

2017



RESUMEN

El Presente trabajo de investigación tiene por objeto realizar un análisis detallado y crítico de la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos con la finalidad de determinar la influencia que ha tenido este instrumento internacional en nuestro ordenamiento jurídico, con un especial enfoque en los derechos de protección, buscando exponer los medios adecuados para la tutela efectiva de estos derechos de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y lo establecido en la convención y otros instrumentos internacionales, trascendentales para generar seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial, entendiendo así, que el estado está obligado a proporcionar a los ciudadanos los medios adecuados y eficaces para la protección y respeto de los derechos humanos y fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Convención Americana, derechos humanos, derechos de protección, Constitución, debido proceso, derecho internacional.



ABSTRACT

The purpose of the following research is to conduct a detailed and critical analysis of the Constitution and the American Convention on Human Rights in order to determine the influence this international instrument has in our legal system, with a special focus on protection rights, seeking to present the adequate means for an effective protection of this rights in accordance with what the Constitution establishes, the provisions of the Convention, and other international instruments which are transcendental to generate legal certainty and confidence in the judicial system, given that the State is obligated to provide citizens with adequate and effective means for the protection and respect of human and fundamental rights.

KEYWORDS

American Convention, human rights, rights of protection, Constitution, due process of law, international law.



ÍNDICE

Contenido

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE	4
CLAÚSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLAÚSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCIÓN	9
Capítulo I.....	11
Convención Americana de derechos Humanos	11
1. Antecedentes históricos	12
2. Generalidades y derechos contenidos	13
2.1. Contenido	15
2.2. Valor Jurídico.....	17
2.3. La Convención Americana y los derechos humanos en Latinoamérica	20
3. Influencia de Convención Americana de derechos humanos en las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008.....	26
Capítulo II.....	30
Los derechos fundamentales en el Ecuador	30
1. Bloques de derechos en la Constitución del 2008.....	30
1.1 Bloque de Constitucionalidad	47
1.2 Orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico interno.....	50
2. Los derechos de protección	53
2.1 El debido proceso	58
2.2 Desarrollo de los derechos de protección en el ordenamiento jurídico infra constitucional.....	69
3. Garantías Constitucionales	72
3.1 Garantías normativas.....	74
3.1.1 La garantía normativa y los derechos humanos.....	76
3.2 Las garantías de políticas públicas	78
3.3 Garantías jurisdiccionales.....	80
3.3.1 Acciones Constitucionales	83
3.3.2 Acciones legales	91



Capítulo III	92
Jurisprudencia y Casos Prácticos	92
1. Jurisprudencia: concepto.....	92
2. Caso prácticos.....	98
3. Caso el Universo	99
4. Floresmilo Bolaños vs. Ecuador	102
5. Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.....	106
CONCLUSIONES.....	114
RECOMENDACIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	117



CLAÚSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

ANA BELÉN MACHUCA ZEA autora de la monografía titulada "LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE PROTECCION ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCION DEL 2008", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Abril de 2017


Ana Belén Machuca Zea
1803869435



CLAÚSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

ANA BELÉN MACHUCA ZEA autora de la tesis “LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Abril de 2017

Ana Belén Machuca Zea
1803869435



DEDICATORIA

*A Gastón, gracias por enseñarme todo acerca de volar.
A Mateo, mi gaviota compañera.*

Les amo.



AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente al Doctor Edgar Tamayo Jaramillo quién fue el director de esta monografía, a mi familia, a todos mis amigos pues la vida permite que aprendas cada día mas de ellos, a Caro gracias por ser mi complemento perfecto y por su puesto a Gastón y Mateo, los hombres de mi vida, sin ustedes quizás estaría en un camino diferente.

INTRODUCCIÓN

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.”



Nelson Mandela, activista sudafricano de los derechos civiles.

En el Ecuador, el neo constitucionalismo trajo consigo cambios importantes en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales se refiere, La Constitución del 2008 contiene un amplio catálogo de derechos destinados a la protección del ser humano y la naturaleza, se establece una especial jerarquía normativa que nos permite apreciar la supremacía de los derechos humanos y la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de esto se desarrolla todo un sistema jurídico en función de la protección de estos derechos, entre ellos los derechos de protección que son la base de una sociedad justa, puesto que permite a todas la personas acceder de manera rápida y directa a la justicia .

El avance de los derechos humanos ha sido muy importante, no solo en el Ecuador sino en el mundo entero, dejando de ser declaraciones meramente formales para materializarse de manera progresiva de acuerdo a la realidad social.

la Constitución de la Republica del Ecuador ha tenido considerable influencia del sistema interamericano de derechos humanos y garantiza el cumplimiento directo e inmediato de los derechos humanos. Al respecto la Convención Americana juega un papel muy importante pues además de ser un instrumento internacional vinculante para los estados signatarios, crea la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos como órganos autónomos encargados de la protección y promoción de los derechos humanos en el continente Americano.

Lo derechos de protección deben observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública. El derecho al debido proceso se encuentra en instrumentos internacionales como la mencionada Convención Americana sobre derechos humanos así como en nuestro ordenamiento jurídico, dejando en claro que es un derecho humano primordial y que el Estado debe constituirse en garante del mismo.

El papel que juegan los instrumentos internacionales es mucho mas importante, si un Estado falla en cumplir su deber protector, el ciudadano está facultado para acudir ate los organismos internacionales y realizar las quejas



respectivas, así el Estado será responsable de cualquier violación a los derechos que haya ocurrido en razón de su negligencia o falta de tutela efectiva.

El presente trabajo de investigación pretende relacionar la influencia que han tenido las disposiciones de la Convención Americana de derechos humanos en los derechos de protección establecidos en la Constitución y los mecanismos empleados para su funcionamiento con el objeto de obtener un eficaz sistema de derecho con una clara interpretación, así como una rápida aplicación y ejecución.

Asimismo, surgen algunas dudas sobre la efectividad con la que se cumplen los derechos humanos en nuestro país, para ello se analizarán ciertos casos que han llegado a la Corte Interamericana de derechos humanos. El cumplimiento de derechos humanos en el Ecuador ha tenido muchos cuestionamientos, dado que la mayor cantidad de denuncias que se presentan ante el Sistema Interamericano está ligada a violaciones a los derechos civiles, como el acceso a educación, a salud y las libertades.

Capítulo I

Convención Americana de derechos Humanos



*“Los derechos humanos son sus derechos. Tómenlos.
Defiéndanlos. Promuévanlos. Entiéndanlos e insistan en ellos.
Nútranlos y enriquezcanlos. Son lo mejor de nosotros. Denles vida”*
KOFI ANNAN.

1. Antecedentes históricos

Creada en 1969, la Convención Americana de derechos humanos (CADH) o pacto de San José surgió como resultado de una conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos celebrada en San José de Costa Rica. Esta convención entró en vigencia en el año de 1978 al depositar Granada el undécimo instrumento de ratificación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la que propició la conferencia con el objetivo de reafirmar la protección de los derechos humanos en América.

Después de la segunda guerra mundial se desarrolló mucho el campo de protección de derechos humanos, y a partir de la fundación de las Naciones Unidas en el año 1945 surgieron un sinnúmero de organizaciones que dieron paso a la internacionalización de los derechos humanos. Entre ellas, la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año de 1948, que tenía una larga trayectoria de formación pero no fue sino hasta que se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos que se consolida como organización por medio de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá.

Europa fue el primero en implementar un sistema de de protección de derechos humanos, quizás por ser el continente mas afectado por violaciones a los derechos durante la segunda guerra mundial por medio del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950 , entrando en vigor el 3 de setiembre de 1953.



Por otra parte, la protección en el continente americano tuvo un proceso que inicio poco después de la culminación de la segunda guerra mundial cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención y culminó con la ratificación de los países miembros de la OEA de la Convención Americana.

Para el año de 1961 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comenzó a realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en algunos países, o para investigar una situación particular. El sistema interamericano de derechos humanos tiene como piedras fundamentales la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre , por su prelación temporaria, también ayudó en algunos debates para la adopción de ciertas normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas.¹ La CADH igualmente significó un avance importante para toda América, pues era la primera vez que el cumplimiento de un convenio dejaba de ser solamente declarativo y se hacia vinculante, convencional y obligatorio, esto permitió que el sistema de derechos humanos en América se desarrolle de manera eficiente.

2. Generalidades y derechos contenidos

La Convención Americana constituye un instrumento básico de los derechos humanos y pilar fundamental del sistema interamericano. Es

¹ Trindade, A. C. (1998). *Reflexiones sobr el futuro del sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos* . San José, Costa Rica: Edit. Instituto Interamericano de derechos humanos .



también denominada como pacto de San José de Costa Rica en razón de que el documento fue firmado en aquel lugar.

Dicho documento está especialmente dedicado a la protección de derechos humanos y aunque los derechos de tipo económico, social y cultural no aparecen mencionados sino tan sólo en uno de sus artículos (art. 26) que compromete a los Estados a adoptar providencias para un desarrollo progresivo de los mismos, mediante la legislación interna y la cooperación internacional, y en la medida que los recursos disponibles lo permitan, sí puede afirmarse que en materia de derechos civiles y políticos el pacto presenta uno de los mejores sistemas con que cuenta el derecho internacional en la actualidad.² (Salvioli, 2016)

La Convención Americana de derechos humanos menciona en su preámbulo lo siguiente : los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Reafirmando así la razón de ser de la misma.

A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

Además la Convención instrumentó dos órganos para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones y son los competentes para conocer

² Salvioli, D. F. (2016). La Protección de los derechos Humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades . *Revista de Relaciones Internacionales* , Nro 4.



sobre las violaciones a derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Mientras que la corte nace de la misma Convención. Existen instrumentos adicionales facultativos que complementan el contenido de la misma así pueden ser incluidos de manera progresiva otros derechos. Así tenemos: el protocolo facultativo relativo a derechos económicos, sociales y culturales (1988), y el protocolo facultativo relativo a la Abolición de la pena de muerte o protocolo de Asunción (1990).

A casi 35 años de labor de la Corte Interamericana, la Jurisprudencia que emana de la aplicación de esos cuerpos normativos internacionales, han configurado la fuente principal para la materialización de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El trabajo de la Corte Interamericana evidencia un progresivo desarrollo del diálogo jurisdiccional que se establece entre ésta y los Órganos jurisdiccionales nacionales (Tribunales, Cortes o Salas constitucionales) y entre estos mismos, respecto de la protección de los Derechos Humanos en la región.³

2.1. Contenido

La Convención consta de un Preámbulo, ochenta y dos artículos y se divide en tres partes.

³ Monterrey, R. J. (2014). *Convención Americana sobre derechos humanos comentada*. (C. S. Uribe, Ed.) Bolivia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.



La primera parte, Deberes de los Estados y Derechos protegidos, tiene 5 capítulos.

El artículo primero de la CADH es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de “respetar” los derechos y libertades ahí contenidos y “garantizar” su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción “sin discriminación alguna”, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene.⁴

El artículo segundo complementa al anterior determinando la obligación para todos los estados partes de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que fueran necesarios para hacer efectivos todos los derechos y libertades mencionados en el mismo. En adelante se enumeran derechos civiles, políticos, interpretación y aplicación de la convención y deberes de las personas. Si bien no enumera los derechos económicos sociales y culturales insta a los estados a crear legislaciones “que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”.

En la segunda parte, medios de protección, a partir del artículo 33 se crean dos órganos para garantizar los compromisos adquiridos por los estados, La Comisión Americana y la Corte Interamericana de derechos humanos, el primero preexistente al pacto.

⁴ Möller, E. F.-G. (2014). PARTE I - Deberes de los estados y derechos protegidos . En V. Autores, & C. S. Uribe (Ed.), *Convencion Americana de derechos humanos comentada* (pág. 46). Bolivia: Plural editores . (s.f.).



La comisión es la primera instancia y le corresponde conocer las violaciones a derechos humanos, las acciones pueden ser propuestas por cualquier persona, grupo o entidad no gubernamental reconocidos en alguno de los estados miembros de la OEA, para que un estado plantee una acción en contra de otro, se necesita que los dos hayan ratificado la convención. La comisión puede iniciar de oficio un caso si así lo cree conveniente. La Corte es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”.⁵

Ha sido planteado como requisito por parte de la corte que se deban agotar las instancias internas antes de proponer acción ante la ella.⁶

En la tercera parte se establecen las disposiciones generales y transitorias, que en un tratado juegan un papel fundamental en relación con el resto del texto, ya que determinan entre otras cosas el inicio de vigencia del mismo, su posible modificación, a través de enmiendas o reservas así como la posible terminación de las obligaciones convencionales.⁷ La convención en su texto regula la firma, ratificación y adhesión, entrada en vigor, depositario, reservas, enmiendas, protocolos adicionales, denuncia y se refiere también al proceso de elección de los miembros que integrarán la comisión y los jueces de la corte.

2.2. Valor Jurídico

⁵ Cfr. artículo 1 (Naturaleza y régimen jurídico) del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 (en adelante, “Estatuto de la Corte IDH”).

⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

⁷ Monterrey, R. J. (2014). *Convención Americana sobre derechos humanos comentada*. (C. S. Uribe, Ed.) Bolivia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.



Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él.

Luego de la entrada en vigor de la Convención Americana el año 1978, la evolución normativa del sistema de protección de los derechos humanos en América se vería completa. Ya no lo hará sobre instrumentos de naturaleza declarativa si no que lo hará sobre instrumentos que tendrán una base convencional y obligatoria, ya que no hay derecho propiamente asegurado sin amparo de un tribunal competente" Esta es la primera vez en la historia de los derechos humanos en el continente americano en la cual se menciona de manera directa un organismo jurídico para regular los derechos humanos.⁸

La convención manda a que los estados incorporen en su derecho interno a través de proceso legislativo disposiciones que beneficien a la población y que protejan sobre todas las cosas los derechos humanos tomando en cuenta el contenido de la misma. Su artículo segundo dice lo siguiente:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.⁹

Como mencioné con anterioridad, la convención crea dos órganos destinados a garantizar su cumplimiento, la Comisión y la

⁸ Humanos, C. A. (2016). *Wikipedia, la enciclopedia libre*. Obtenido de Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, UNTS, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, artículo 2.



Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto hace que se materialice la protección pues los dos están plenamente facultados para realizar informes sobre el cumplimiento de derechos humanos, realizan visitas in loco para constatar la situación y una vez entregado el informe de la comisión, le corresponde a la corte actuar y dictar las sentencias respectivas, respetando el debido proceso de todos los sujetos e imponiendo las sanciones que correspondan o las acciones de dar, hacer o no hacer.

Dicho esto, se sobreentiende que la convención a la vez que obliga a los estados a cumplir con las normas del debido proceso establecidos en ella y en las Constituciones de cada país, prevé un mecanismo a través del cual se puede fiscalizar el cumplimiento de estas normas para todos los países.

Las sentencias de la CIDH son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país al ratificar la CADH, se comprometió no solo a cumplir las normas y los derechos que constan en la convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento¹⁰, incluso si las normas son creadas por un órgano distinto al legislativo nacional pues la propia constitución lo permite. Es una protección adicional a la que ofrece el derecho interno de cada país.

Es obvio que ni la convención, ni la comisión, ni la corte garantizan nada pues muy a pesar de su existencia, la realidad ha sido otra, la visión de los derechos humanos se ha reducido a millonarias cumbres organizadas por jefes de estado dispuestos a ser fotografiados pero no para proponer soluciones, listos para hablar de estadísticas y supuestas mejoras en el sistema pero no ha mostrar realidades dolorosas aún cuando son increíblemente obvias, cumbres que una vez culminadas, no dejan nada mas que portadas de periódicos.

¹⁰ Santamaría, R. Á. (2008). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En R. Á. Santamaría, *Constitución del 2008 en el contexto Andino* (pág. 32). Quito, Ecuador.



Una debilidad moderada del sistema se encuentra en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹

El compromiso de un estado para firmar tratados internacionales y someterse a ellos, debería representar un estado de madurez y solidez democrática de ese estado pero el derecho interno parece ser omnipotente y el ámbito internacional queda rezagado pues usualmente una vez dictada una sentencia de la Corte, el cumplimiento es parcial o nulo, así lo demuestran las actas de supervisión de cumplimiento de los casos sentenciados por la Corte.

Hoy en día los derechos humanos parecen premisas inalcanzables, encontramos un margen de tolerancia a las violaciones de derechos que resultan alarmantes, quizás es porque aún no nos consideramos dignos de gozar plenamente nuestros derechos.

De que nos sirve tener una Constitución que garantiza derechos incluso de manera mas amplia que los instrumentos internacionales si el cumplimiento de los mismos no existe, en otros países el reconocimiento de los derechos humanos se ha logrado incluso sin el cambio de constituciones.

Los derechos humanos no sirven sin los mecanismos adecuados para garantizarlos.

2.3. La Convención Americana y los derechos humanos en Latinoamérica

¹¹ Cavallo, G. A. (2010). *Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina*. Obtenido de Scielo- Cuestiones Constitucionales: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100001 (s.f.).



Los países latinoamericanos comparten raíces históricas, sociales y culturales —en gran medida— comunes y que, además, tienen una visión y una aproximación a los derechos humanos compartida.¹²

En América Latina, nadie puede ignorar que la normativa correspondiente al Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, permeando y, a su vez, empapando el derecho constitucional —sus valores, principios y espíritu— y generando, desde la perspectiva de los derechos humanos, una unidad jurídica coherente protectora del individuo, de los grupos y pueblos.¹³

Como manifesté con anterioridad la Convención nace con la idea de fortalecer a América, de proveer a todas las personas un instrumento que proteja de manera ferviente sus derechos, nace como complemento de los derechos internos de cada país y se fusiona con un ideal común. Normalmente, los derechos humanos han sido concebidos como recursos últimos para alcanzar justicia negada por los gobiernos dictatoriales o conflictos armados internos. Con la caída de las dictaduras en la mayoría de países de la región, un nuevo espacio en el activismo en derechos humanos se abre. El derecho internacional de los derechos humanos se convierte así en límite externo de los procesos de transición.¹⁴ Ejemplo claro de este rol son las decisiones de la Corte Inter Americana respecto a las leyes de amnistía en Perú,

¹² Cavallo, G. A. (2010). *Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina*. Obtenido de Scielo- Cuestiones Constitucionales: Introduccion http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100001 (s.f.).

¹³ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 495-511, especialmente, p. 498.

¹⁴ Urueña, R. (2014). INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS: CONTEXTO Y DESAFÍOS EN AMÉRICA LATINA. En R. Urueña, *Derechos Humanos y Políticas Públicas* (pág. 82). Barcelona, España: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. (s.f.)



que declararon “sin efectos jurídicos” ciertas normas nacionales que otorgaban amnistías generalizadas.¹⁵

La convención tiene a 25 países como signatarios y toda Latinoamérica se encuentra dentro de ella, la lucha fue, es y será dura, y la vigilia del cumplimiento de los derechos humanos se hace cada vez mas difícil. Los países signatarios deben incorporar en su derecho interno disposiciones que permitan la efectiva vigencia de los derechos que prescribe la Convención y demás tratados que reconocen derechos humanos, además se encuentran sometidos a la jurisdicción de la comisión y la corte por lo tanto pueden presentar sus peticiones así como también deben acatar las decisiones de la corte.

En los últimos 5 años la comisión ha recibido mas de 9000 peticiones de las cuales solamente 79 han sido enviadas a la Corte Interamericana. De ellas la comisión realiza informes de solución amistosa, recomendaciones, decisiones de archivo, etc. En América Latina, el problema más acuciante es la brecha de implementación y el del goce efectivo de los derechos humanos, sin distinción alguna. En consecuencia, podemos enfrentarnos a Constituciones que contengan un amplio catálogo de derechos, sin que estos derechos sean efectivamente respetados y susceptibles de tutela en la práctica, y en este aspecto, se podrían denominar como diría Loewenstein cartas fundamentales "semánticas" o “disfraz”, como sucede con las Constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela.¹⁶ Estas Constituciones contienen un amplísimo catálogo de derechos y garantías, los indicadores muestran un buen cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, propios de esta nueva tendencia pseudosocialista pero existe una alarmante restricción de

¹⁵ Véase, por ejemplo, ICtHR, *Barrios Altos v. Perú*, Decisión del 14 Marzo 2001; ICtHR, *La Cantuta v. Perú*, Decisión del 29 Noviembre 2006, párrafo 189.

¹⁶ Cavallo, g. a. (2010). *Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina*. Mexico, Mexico. (s.f.).



derechos civiles y libertades personales. Claro está y la historia nos ha enseñado que el Neoliberalismo tampoco es respuesta a la violación de derechos humanos y a mi criterio es un modelo socioeconómico injusto, excluyente y estructuralmente desigual

El Estado boliviano, adoptó un procedimiento interno observando lo dispuesto en el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no comprende un control difuso de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, sino como parte de un bloque de constitucionalidad, que comprende internamente un control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional, similar a la situación de Venezuela y Ecuador. Sin embargo de acuerdo al sitio web de human rights watch persisten serios problemas como amenazas a la independencia judicial y la impunidad de delitos violentos y violaciones de derechos humanos. El uso extendido y arbitrario de la prisión preventiva y las demoras en los juicios atentan contra los derechos de los acusados y agravan la sobrepoblación carcelaria. El gobierno del Presidente Morales —que fue reelegido con el 61 por ciento de los votos en octubre— continuó persiguiendo a defensores de derechos humanos y periodistas críticos durante 2014, y no respetó plenamente el derecho de las poblaciones indígenas a otorgar su consentimiento libre e informado en forma previa. La violencia contra mujeres y el trabajo infantil continúan siendo alarmantes.¹⁷

Hay situaciones como la denuncia de Venezuela que hacen imposible que se controle el cumplimiento de los derechos humanos en ese país, pues al no formar parte de la convención ya no está sometida a estas instancias internacionales. Venezuela incluso ha dejado de garantizar derechos fundamentales como la salud, alimentación, cubrir las necesidades básicas de las familias, etc. Ha realizado gestiones limitadas para conseguir ayuda humanitaria internacional que podría estar disponible

¹⁷ <https://www.hrw.org/es/americas/bolivia>



inmediatamente. A su vez, ha intimidado y castigado a críticos, incluidos profesionales de la salud, defensores de derechos humanos y ciudadanos de a pie que cuestionaron el desabastecimiento.¹⁸ Es importante mencionar también el lado político de esta crisis pues a pesar de que la responsabilidad recae en la administración central, no debemos olvidar que lastimosamente nuestros países dependen de potencias como Estados Unidos que con un simple bloqueo económico pueden ocasionar caos en una Nación.

En Latinoamérica, Ecuador has sido referente de cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales pero en cuanto ha derechos humanos se refiere, se ha puesto en entredicho el papel del estado para garantizarlos en razón de las múltiples denuncias presentadas por violaciones a la libertad de prensa, información, debido proceso, acceso a la justicia, etc.

Por otro lado en Colombia existe una situación bastante complicada, si bien es cierto se han incorporado derechos fundamentales en su constitución al igual que los demás países latinoamericanos, allí existe una violación constante y sistemática a los derechos humanos debido al conflicto armado que ha vivido ese país durante los últimos cincuenta años, por su puesto que estos actos violentos no necesariamente pueden ser atribuidos al gobierno, la tasa de impunidad de los crímenes es muy alta. Es el segundo país que mas peticiones realiza a la comisión interamericana de derechos humanos. Aun así la corte Constitucional Colombiana es considerada por muchos como un referente importante en materia de derechos humanos.

Cabe mencionar la labor realizada por el presidente Juan Manuel Santos que hizo historia al negociar acuerdos de Paz con las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y posteriormente con el ELN (Ejercito de Liberación Nacional).

¹⁸ Watch, H. R. (2016). "Crisis humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos". New York.(s.f.)



Después de haber redactado el acuerdo, se llamó a plebiscito en donde el pueblo colombiano decidía aceptar o rechazar el mismo, ganó el no por lo que se tuvo que renegociar y realizar otro acuerdo que fue ratificado por el Senado de Colombia y la Cámara de Representantes. Mas adelante el ELN manifestó su interés de formar parte de la mesa de dialogo para realizar un acuerdo que los beneficie. Las negociaciones continúan. A pesar de ser un avance extraordinario en la región , es el sentir de muchos colombianos que los acuerdos de Paz fueron la única labor del presidente Santos, descuidando otros temas importantes para el país.

La jurisprudencia de la CorteIDH ha sido de trascendental importancia para Latinoamérica, así en Argentina y Chile la jurisprudencia de la corte sirvió de sustento para eliminar leyes que impedían la investigación y persecución de los crímenes cometidos durante las dictaduras y dichas leyes fueron declaradas inconstitucionales, en estos casos, de modo notable, la Corte Suprema siguió las enseñanzas derivadas de la Corte IDH, *inter alia*, en el caso *Barrios Altos contra Perú*, el cual afirmó que:

*La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales.*¹⁹

¹⁹ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párrafo 41, p. 15.



3. Influencia de Convención Americana de derechos humanos en las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008

El proceso de constitucionalización de los derechos es el proceso histórico a través del cual los documentos políticos limitantes del poder público – las *constituciones*-, incluyendo una carta ética de derechos, cuyos titulares son los sujetos que conforman la comunidad, marcan un espacio infranqueable para la intrusión de este poder y que, expresados en normas-principios jurídicos, llegan a ser de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema.²⁰

Un amplio catálogo de derechos se encuentra plasmado en las constituciones de 1998 y 2008 y es bastante notoria la influencia de la Convención Americana y la declaración universal y americana de derechos humanos. Sin embargo la diferencia sustancial y estructural entre las dos es muy grande, al menos en su contenido.

a. Constitución Ecuatoriana de 1998

Una de las críticas más certeras que recibió la Constitución de 1998, fue la de que era prolífica en la parte dogmática, de derechos, pero indolente en la parte orgánica, que no establecía los mecanismos institucionales para el cumplimiento de esos derechos.

Respecto de los derechos humanos, dicha Constitución manifiesta que el deber mas alto del estado es respetar y asegurar la vigencia de los mismos pero a pesar de ello no establece mecanismos apropiados de cumplimiento.²¹

Esto quiere decir que falla en cumplir lo que manda el artículo segundo de la convención al no proveer los medios necesarios

²⁰ Egas, J. Z. *La Constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano sobre la base y por efecto de los derechos fundamentales.* (s.f.).

²¹ Constitución de 1998, artículos. 3.2. y 16



para su cumplimiento, los derechos se encuentran establecidos pero es débil en su parte orgánica.

Al ser el Ecuador un estado social de derecho, la Constitución se transforma en una norma programática que expresa los objetivos del Estado y los Derechos Fundamentales y particularmente, los Derechos Sociales no son normas, sino simplemente, mandatos de optimización, cuya realización depende de las condiciones económicas y presupuestarias.²²

En lo que al debido proceso se refiere, contiene todas las que la Convención prescribe en su artículo 8 y algunas otras tomadas de constituciones variadas pero estas normas se encontraban únicamente en los diecisiete numerales del Art. 24, norma que decía: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia...”. Pero no hace distinciones sobre el tipo de proceso.

b. Constitución ecuatoriana del 2008

El gran avance que presenta esta Constitución es que pasa de un estado social de derecho a un estado Constitucional de derecho fortaleciendo la supremacía constitucional y por lo tanto los derechos protegidos en ella. En este contexto, en nuestro país por fin se estaría adoptando las medidas necesarias para garantizar derechos y libertades que a su vez están fuertemente influenciados por instrumentos internacionales como la declaración Americana, Universal y la Convención de derechos

²² Morillo, V. P. (27 de Marzo de 2014). *Estado Social de Derecho y Estado Constitucional de Derechos* . Obtenido de DerechoEcuador.com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/03/13/estado-social-de-derecho-y-estado-constitucional-de-derechos> (s.f.).



humanos tanto en derechos civiles y políticos como sociales, económicos y culturales.

Según la nueva Constitución, el Estado se constituye en garante de los derechos que en ella se enuncian para que sean realmente gozados, efectivamente ejercidos por los habitantes de su territorio y que estos, como individuos o como colectividades, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales, que cumplan este deber primordial.²³

Es muy notorio que la Constitución de 2008 es innovadora en cuanto a derechos reconocidos se refiere, se establece una especial jerarquía normativa que nos permite apreciar la supremacía de los derechos humanos y la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de esto se desarrolla todo un sistema jurídico en función de la protección de derechos humanos, fundamentales y constitucionales, entre ellos los derechos de protección que son la base para un sistema jurídico justo puesto que permite a todas las personas acceder de manera rápida y directa a la justicia y obtener tutela ágil, oportuna y expedita.

Los derechos del debido proceso pasaron a ser los derechos de protección, podríamos decir que al igual que en la convención, existen dos niveles de desarrollo de las garantías del debido proceso. Así en la primera parte el Art. 76 que contiene las normas garantías generales de todo proceso, por ejemplo: el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, derecho al juez o tribunal competente, independiente e imparcial, a la jurisdicción predeterminada por ley; que son derechos del denunciante y del denunciado. El Art. 77 constituye una segunda parte y se refiere específicamente al campo del derecho procesal penal dándose de esta forma un mayor alcance a los derechos que deben

²³ Santamaría, R. Á. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ramiro Ávila Santamaría. (s.f.)



garantizarse a los individuos procesados o que son parte de algún proceso.

En este sentido la Constitución de 2008 “merece destacarse el debido proceso como una garantía en cualquier procedimiento, judicial o administrativo, incluso que puede ser aplicado en cualquier ámbito, público o privado; y, el debido proceso como derecho de las personas privadas de su libertad. De este modo, se aclaran los elementos del debido proceso en cada caso. Por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la defensa en un proceso penal cuando hay privación de la libertad, que el derecho a ser escuchado en un procedimiento administrativo en una escuela”, por ello es importante hacer énfasis en la distinción.²⁴ algo innovador que encontramos en la constitución del 2008 es el derecho al acceso gratuito a la justicia, el derecho de las víctimas de delitos a contar con protección especial y que se garantice su no revictimización; y la prohibición de extradición de ecuatorianos. Esta constitución se constituye como un modelo normativo en todo el mundo, porque representa un deber olvidado del estado y una deuda con los ecuatorianos, aunque después de ocho años a mi criterio esa deuda sigue estando pendiente.

²⁴ TRUJILLO JULIO CÉSAR y ÁVILA RAMIRO; “Los derechos en el proyecto de constitución”. En La Tendencia (Revista de Análisis Político); Raúl Borja (editor); Imprenta Gráficas Araujo; Quito 2008; pág. 84.



Capítulo II

Los derechos fundamentales en el Ecuador

“El hombre de honor no tiene mas patria que aquella en la que se protegen los derechos de los ciudadanos y se respeta el carácter sagrado de la humanidad”

SIMÓN BOLIVAR.

1. Bloques de derechos en la Constitución del 2008

La Constitución ecuatoriana de 2008 presenta cambios significativos al ordenamiento jurídico de nuestro país principalmente en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos fundamentales, destacándose la profundización de unos, el desarrollo de otros y la generación de nuevos. Desde su artículo primero se cambia la estructura del estado pasando de un social de derecho a un estado Constitucional de derechos.

Resulta extraño que se haya hecho uso de la palabra derechos pues nunca antes se había empleado dentro de una Constitución e incluso puede llegarse a pensar que fue un error del legislador, pero esta innovación no fue accidente ni error es una denominación que permite ampliar el alcance de los derechos dentro del mundo jurídico.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado absoluto, el Derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al Derecho bajo dos modalidades. En la una, el Derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento



a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.²⁵

Nuestra Constitución establece un estado de derechos fundamentado en los denominados DESCAs, derechos derivados de la dignidad de las personas, que en su segundo capítulo se los denomina derechos del buen vivir, estos son los Derechos Humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación. Son la base esencial para que sea posible gozar de un nivel de vida adecuado de acuerdo a parámetros mínimos de bienestar que debe cubrir el estado que se encargará de garantizar mediante programas, leyes, inversiones y el diseño de políticas sociales; la alimentación, salud, agua, el trabajo, educación, seguridad social, cultura y medio ambiente a la población, para lograr una vida digna. Como prescribe el artículo 3. 5 de la constitución:

Art. 3 Son deberes primordiales del estado

5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable, y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir.

A todos estos derechos se los denomina derechos fundamentales, por ello es importante revisar algunos conceptos.

Jorge Zabala Egas define a los derechos fundamentales como normas-principios que prescriben acciones que el Estado debe ejecutar para su cumplir su deber de protegerlos, su efecto es generalizar la aplicación de la Constitución y, por ello, surgen los «*derechos de protección*» que son

²⁵ Santamaría, R. Á. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. (R. Á. Santamaría, Ed.) Quito, Ecuador.



el correlato de los «*deberes de protección*» a cargo del Estado.²⁶ (Egas J. Z.)

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE , son las *normas-principios de derechos* las que prevalecen sobre los poderes normativos, incluido el poder constituyente, consecuentemente se imponen sobre las normas jurídicas que expiden tales poderes y sobre todos los demás actos de los poderes públicos. Así lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 84 y ello incluye a las personas particulares, pues, igualmente dispone que “todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución” (Art.426). Es de toda evidencia que “Los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del Ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder público actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no sólo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado”²⁷.

Para el maestro Ferrajoli los derechos fundamentales son “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²⁸

²⁶ Egas, j. z. *La Constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano sobre la base y por efecto de los derechos fundamentales* .

²⁷ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental*. En *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. NOMOS, Baden – Baden, 1993, pág.95.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37



Para ALEXY, las disposiciones de derecho fundamental son principios-mandatos contenidos en textos de derecho fundamental²⁹

Heredando el desarrollo del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales, acaecidos en el constitucionalismo iniciado a partir de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en el que sin dejar de considerar que los derechos fundamentales están destinados a asegurar la esfera de libertad del particular frente a intervenciones del poder público, el Constituyente ecuatoriano acepta los derechos como lo que son: derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, reconoce en el artículo 84 de la Constitución que esos derechos configuran un orden objetivo de valores que, centrado en la persona humana y su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Se incluye también en esta influencia al Derecho civil, ninguna de sus prescripciones puede estar en contradicción con ese orden de valores. Así lo preceptúa la Constitución en el ya citado artículo 84.

Se enuncia que:

1. Ninguna norma jurídica en todo el sistema puede estar desvinculada, en su forma y materia o contenido, de los contenidos de la Constitución en lo referente a los derechos constitucionales y todos los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano.
2. Los derechos y el orden de valores conformado rige para todos los ámbitos del Derecho, estos derechos configuradores de un orden axiológico construyen o fabrican, a través de su *contenido material*, al Ordenamiento jurídico en su conjunto y lo configuran en virtud del Derecho constitucional.

²⁹ En el concepto de ALEXY “disposición” es lo que llamamos “texto”, “enunciado” equivale a lo que conocemos por “norma” y “norma” lo que llamamos el “mandato”.



3. Los derechos constitucionales son normas-principios de estructura objetiva y también son derechos subjetivos frente al Estado.

Así , el rol del estado siempre va a ser el de garante de derechos Constitucionales, fundamentales y humanos, se prioriza al ser humano pero se incluye a la naturaleza como sujeto de derechos. Se apuesta por la democracia material por sobre la formal. Se integran sectores históricamente marginados y se proponen acciones de discriminación afirmativa. Se proclama la supremacía Constitucional y busca establecer un modelo económico que supere las desigualdades económicas y sociales para asegurar la adecuada redistribución de la riqueza.

Las fuentes de los derechos humanos dejan de ser únicamente la constitución tratados y la ley sino se da paso a una suerte de clausula abierta que permite que algunos derechos aunque no estén reconocidos por ninguno de estos tres, formen parte de los derechos humanos lo cual es progresivo y no regresivo.

Conviene afirmar que, al menos en teoría, a diferencia de la Constitución de 1998, la Constitución vigente tiene un vínculo directo entre los derechos y la organización del estado. Este vínculo se evidencia, sobre todo, en las garantías; pero además, todas las instituciones del estado en el ejercicio de sus facultades han de cumplir los deberes del estado en el ámbito de su competencia y entre todas han de crear las condiciones para el buen vivir.

La Constitución del 2008 elimina la clasificación tradicional de los derechos: Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales: En lugar de la ordenación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la Constitución de 2008 utiliza una división temática y se clasifican en:



a. Derechos del buen vivir

Son derechos derivados de la dignidad de las personas. El buen vivir o *sumak kawsay* es la satisfacción plena de las necesidades básicas de toda la población, es decir dotarle de todo aquello que fue negado en los gobiernos excluyentes y neoliberales, esta corriente capitalista que solo buscaba el beneficio del sector privado y que limitaba totalmente los derechos sociales.

El buen vivir, representa la inclusión en su máxima expresión, se deja de lado el concepto antropocéntrico para pasar a un modelo de convivencia en armonía con la naturaleza o el llamado modelo biocéntrico se inspira en la intuición del universo organizado en función de la vida y consiste en una propuesta de reformulación de nuestros valores culturales que toma como referencial el respeto por la vida. Según el Principio Biocéntrico, el universo existe por que existe la vida, y no al contrario.³⁰

Para Javier Lajo filósofo andino el *Sumak kawsay* puede ser entendido como el "pensar bien, sentir bien para hacer bien con el objetivo de conseguir la armonía con la comunidad, la familia, la naturaleza y el cosmos."³¹

Entre los derechos del Buen Vivir tenemos: agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, vivienda, salud y trabajo y seguridad social. Estos derechos equivalen a los derechos económicos, sociales y culturales pero no vistos de una perspectiva tradicional sino desde perspectiva una intercultural., Se trata de ejercer estos derechos al punto de vivir dignamente, sin que esto implique un régimen de opulencia y de un determinado sistema de acumulación o competencia. En otras palabras, el goce efectivo de los derechos humanos no es privativo de las potencias más ricas ni es incompatible con un sistema económico social

³⁰ <http://www.biodanza.org/es/biodanza/principio-biocentrico>

³¹ Lazo, J. L. (2008). *¿Qué dice el Sumaj Kawsay?* Perú.



y solidario.³²

La Constitución de la República del Ecuador reconoce como derechos autónomos a estos derechos que eran parte del contenido a la salud en la anterior Constitución. El derecho al agua es un derecho en sí porque trasciende el derecho a la salud y aún a la salud humana porque de ella depende la subsistencia misma de todos los seres del universo. El agua no es susceptible de apropiación por nadie y, menos, con exclusión de alguien o dicho de otra manera no podrá privatizarse, derechos previamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³³

Se reconoce y garantiza el derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria, esto significa que lo que consumimos debe contener los nutrientes necesarios para mantener una para la salud física, psicológica y espiritual, fuerza y energía propias de la persona sana, acorde con su edad, talla y otras características; así como que el país disponga de los bienes suficientes en calidad y cantidad para alimentar a sus habitantes, sin necesidad de depender, para ello, de otros estados. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se complementa con este, protegiendo al ser humano de agentes biológicos perjudiciales para la salud.

Además, la educación es gratuita, universal y laica hasta el tercer nivel de la educación superior; se reconoce el derecho a la vivienda adecuada y digna, lo extiende al hábitat o condiciones físicas y factores biológicos del entorno en los que vida humana sea posible para la persona.

El buen vivir, en general, comprende los derechos e instituciones que tienden a dotar a los habitantes del Ecuador para gozar efectivamente de los derechos humanos a vivir en armonía con sus semejantes y con

³² Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009; y Serrano Pérez, Vladimir. "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana", en Diego Pérez Ordóñez, *La Constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*. Quito, Taurus, 2009.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.o 15.



la naturaleza para que esta sea el hábitat de las presentes y futuras generaciones. El conjunto está enunciado en la parte dogmática y, en la parte orgánica que, para garantizar la posibilidad de su ejercicio y el goce efectivo, establecen sistemas, políticas y servicios públicos y la planificación para el desarrollo.³⁴

b. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria

El artículo 35 de la Constitución del Ecuador dice que:

"Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad."

Las personas que se enumeran en este artículo gozan de los mismos derechos que los demás mas ciertos derechos que tienen por su particular situación. El Estado es quien debe proporcionar los medios necesarios para garantizarlos.

La Constitución de 1998 reconocía derechos específicos de tres grupos humanos: niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas de la tercera edad, ahora denominados adultos mayores, y tiene un artículo que reconoce la atención prioritaria a las mujeres embarazadas, a las víctimas de violencia doméstica y a personas que adolecen de enfermedades catastróficas.

La Constitución del 2008 amplía el contenido de estos derechos y añade

³⁴ Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador.



nuevos grupos de atención prioritaria, por ejemplo en el caso de los adultos mayores ya no solo enuncia que tienen derecho a una asistencia especial y a una adecuada asistencia económica y social; sino establece que esta consiste en atención gratuita y especializada en salud, trabajo remunerado, jubilación universal, rebajas en servicios públicos, exenciones en el régimen tributario, exoneración del pago de costos notariales y registrales, el acceso a la vivienda, y además dedica todo un artículo sobre políticas públicas con nueve medidas específicas.

Entre los grupos nuevos, están las personas expuestas a movilidad humana. Las personas que han tenido que movilizarse de un lugar a otro, tienen derechos en todas las posibilidades: personas ecuatorianas en el extranjero (derecho a asistencia, atención, asesoría, promoción de vínculos con el Ecuador, reunificación familiar, retorno voluntario, confidencialidad en los datos, protección a las familias transnacionales, personas extranjeras en el Ecuador (tienen todos los derechos que los ecuatorianos, salvo ciertas restricciones en los derechos políticos), personas que han huido de sus países por razones políticas (asilo) o por estar en peligro su vida, libertad o integridad física, refugio, y personas que han tenido que desplazarse contra su voluntad dentro del territorio ecuatoriano (prohibición de desplazamiento y, excepcionalmente cuando se justifique, derecho a asistencia humanitaria específica. Se constitucionaliza el derecho de los refugiados y el derecho de las poblaciones desplazadas, que ha sido de desarrollo jurisprudencial en Colombia.³⁵

c. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades

Ya en 1998 se reconoció los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, pero se amplían en concordancia con la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.o T-025-2004.



Unidas (2006).

Todos los derechos contenidos en la Constitución están relacionados con el principio del buen vivir, reconocer los derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades, responde al papel protagónico de los grupos indígenas en nuestro país, la cosmovisión indígena de la que tanto se habla es parte de nuestra cultura también, Cada pueblo cuenta con su pensamiento filosófico, que guía la convivencia social de sus miembros, sustentando en el pasado histórico que determina el presente de hoy proyectando el devenir de los nuevos tiempos.³⁶ Así se pretende respetar a todas las personas que habitan dentro de territorio ecuatoriano incluso de los pueblos no contactados que viven en la Amazonía pues son parte de nuestro patrimonio cultural y no han podido defenderse hasta ahora, formando así un estado único e indivisible.

La Constitución del 2008 les permite desarrollar ciencias, tecnologías y saberes ancestrales recursos genéticos, que abarcan la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, al conocimiento y de los recursos y propiedades de la fauna y de la flora, se prohíbe toda forma de apropiación de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial, permitiéndoles constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura.

Estos derechos colectivos, son conferidos para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y garantizar un proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible.

³⁶ ShankGraff, M. (15 de enero de 2015). *Los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*. Obtenido de <http://capitulo4constitucionecuatorial.blogspot.com>



d. Derechos de participación

El texto de la nueva Constitución va más allá de establecer, junto a los derechos propios de la democracia, formas de ejercicio directo de la democracia; unos y otras aparecen, en el diseño constitucional, vinculados por un derecho que la codificación de 1998 no establecía expresamente como tal, el derecho a participar en los asuntos de interés público, que se convierte en una idea presente en buena parte de las normas constitucionales.³⁷ Así como también aparece la democracia comunitaria.

Estos derechos deben leerse en relación con el Art. 95 de la constitución que dice lo siguiente :

Art. 95

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Los ciudadanos ecuatorianos poseen enormes facultades para estar involucrados en los asuntos de carácter público pero pese a tener estos derechos la sociedad los desconoce o simplemente no le interesa se parte de este tipo de procesos.

³⁷ Aguilar, J. P. (2009). *Derechos de participación y derecho a participar*. Quito, Ecuador: Abyayala



Estos derechos de participación se ejercerán mediante mecanismos de tres formas de democracia: representativa (el pueblo ejerce su poder mediante las autoridades o representantes a los que eligió); directa (el poder lo ejerce directamente el pueblo en una asamblea); y, comunitaria (las decisiones se adoptan en torno a los propios ordenamientos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del marco de la Constitución).

Resalta que la constitución de 2008 consagró el voto facultativo para jóvenes de entre 16 y 18 años, lo que es un importante avance en cuanto a participación.

El Art. 63, en cambio, consagra el ejercicio del derecho al voto en el exterior y de personas extranjeras; mas adelante se contempla la suspensión de los derechos políticos; la representación paritaria de mujeres y hombres que como es lógico, a partir de su expedición en la Constitución de 2008, ha tomado auge en todo ámbito social. También se enumeran las actividades que las organizaciones sociales podrán realizar y se promulga el derecho a la resistencia frente a actos u omisiones del poder público de personas naturales o jurídicas que vulneren sus derechos.

e. Derechos de libertad

Los Derechos de Libertad, antes conocidos como derechos civiles, reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el



territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo, el derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad. Entre los Derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los derechos de la familia, no están ubicados en los derechos sociales bajo la concepción de que las libertades de los miembros de la familia son importantes y que esas son las que merecen protección distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia.

La definición del matrimonio del año 1998 es mucho más amplia y menos discriminatoria que la Constitución del 2008. En la de 2008 solo los hombres y mujeres pueden contraer matrimonio y solo parejas de distinto sexo pueden adoptar.

Es decir, no cabe el matrimonio entre parejas homosexuales y se establece un prejuicio injustificable en contra de parejas del mismo sexo

La Constitución de la República dice lo siguiente :

Art. 67

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.



El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 68

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

f. Derechos de la naturaleza

La nueva forma de organización social planteada por la Constitución de Montecristi tiene algunas novedades con relación al constitucionalismo ecuatoriano, regional y mundial. Una de ellas es el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos y ubica con claridad el camino que se debe seguir para alcanzar el buen vivir.

La protección a la naturaleza nace como una necesidad para afrontar los problemas climáticos que existen en el mundo actual pero también como parte del buen vivir como una manifestación de nuestra conexión con la pacha mama.³⁸

Al reconocer los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos y sumarle el derecho a ser restaurada de manera integral cuando ha sido destruida, se estableció un hito en la historia de la humanidad. Igualmente trasciende la utilización del término Pacha Macha, visto como un sinónimo de naturaleza, en tanto reconocimiento de

³⁸ Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, Ecuador, 1998.



plurinacionalidad e interculturalidad.³⁹

Se rompe con la visión instrumental del ambiente. Según Immanuel Kant la naturaleza debería ser siempre un medio para la realización de los fines del hombre, Como la naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, porque los fines son siempre dados por los seres humanos, luego la naturaleza no puede ser digna y, en consecuencia, no puede gozar del status de titular de derechos.

Podemos decir que existe el derecho subjetivo privado y el derecho subjetivo público. Estos derechos se ubican dentro del derecho subjetivo público y la diferencia radica, según Antonio M. Peña, en que el primero otorga facultades a la persona y el segundo potestades. En el primero la tutela estatal depende de la voluntad del titular del derecho y, en el segundo, la tutela es una obligación del estado.⁴⁰

Este reconocimiento ha sido motivo de más de una crítica por parte de los abogados, doctrinarios, juristas, etc. Y surgen varias preguntas sobre la exigibilidad de mencionados derechos y ¿Los derechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos?

La vigencia de los derechos de la Naturaleza plantea cambios profundos. Hay que transitar del antropocentrismo al Biocentrismo. Dentro de la filosofía Andina, el ser humano como tal no es 'nada' (un 'no ente'), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones, desconectarse de los nexos naturales y cósmicos, significaría para el *runa* de los Andes firmar su propia sentencia de muerte.⁴¹

³⁹ Acosta, A. (2012). *Buen Vivir: Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito, Ecuador: Abya Yala.

⁴⁰ Peña Freire, Antonio Manuel, "Derechos subjetivos y garantía", en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, España, 1997, pp. 132-135.

⁴¹ Josef Esterman, *Filosofía Andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito- Ecuador, 1998.



Estos derechos no defienden a una naturaleza intocada, sino defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, es decir prevalecen las colectividades y no por ello significa que la teoría de los derechos humanos se debilita, por el contrario se fortalece al permitirnos replantear esta idea tradicional en la que el ser humano es el centro de todo y optar por asumir nuestro rol en esto que podría ser considerado como una “Comunidad Natural”, En tanto que los Derechos de la naturaleza amplían la comunidad humana hacia otra que incorpore todos los seres vivos.⁴²

Se requiere una gran transformación y organización social ; así, se pretende superar la versión Constitucional tradicional de los derechos a un ambiente sano al igual que la visión tradicional de los derechos humanos y realizar cambios que nos lleven a la desmercantilización del medio ambiente. En concreto el Art. 74 de la Constitución dice: “ Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”

En relación a la exigibilidad de estos derechos la Constitución en su Art. 71 nos dice que: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza” y las formas de garantizarlos son muchas, la Constitución establece el deber general, por parte del Estado, de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. Pues bien, estos incluyen no solo los derechos humanos sino también los derechos de la naturaleza, en razón de que ambos son derechos constitucionales. De ahí que los mismos también puedan ser exigidos a través de las garantías establecidas en la Constitución. Inclusive se considera que esta posibilidad sirve para distinguir los derechos constitucionales, en la medida en la que son aquellos que pueden ser exigidos por medio de esas vías.

⁴² Acosta, A. (2012). *Buen Vivir: Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito, Ecuador: Abya Yala.



Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente.⁴³

Farith Simon, decano de la facultad de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, realiza un análisis sobre los derechos de la naturaleza y considera que el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos responde a intereses políticos, resultado de discursos progresistas y revolucionarios, y que se lo ha hecho sin examinar de manera concienzuda sus posibles consecuencias, especialmente cuando existe la posibilidad de debilitar la protección de los derechos de los seres humanos.⁴⁴

¿La sola innovación puede ser considerada como un avance? , se pregunta Farith Simon al inicio de su texto, a mi criterio si. Los derechos humanos en su momento también representaron una simple innovación y lastimosamente tuvieron que pasar muchos años para que podamos materializarlos pero de algo debemos partir.

Comparto quizás el criterio al que hace alusión Simon en el que considera que a los derechos de la naturaleza se le dieron un valor emotivo-simbólico y quizás por ahora no haya mejorado la preservación del medio ambiente de manera notable pero no considero que el derecho es humano y para el ser humano exclusivamente pues somos un todo, un complemento mutuo y por esa razón debemos apuntar a la vida en armonía con la naturaleza, además al ser una sociedad organizada es necesario legislar sobre el tema, no podemos esperar que la simple voluntad del individuo cumpla con los objetivos de preservación.

⁴³ Acosta, Alberto, "Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces", en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 15.

⁴⁴ Simon, F. (2013). *Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?*. Quito, Ecuador.



f. Derechos de protección

Este bloque de derechos también representa un cambio en la Constitución, antes únicamente teníamos los derechos del debido proceso, pero con esta nueva denominación podemos decir que existen dos niveles, las normas generales a todo proceso y unas dedicadas al proceso penal, lo cual profundizaré mas adelante.

Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de las víctimas de violaciones a derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados a nivel internacional como graves e imperdonables (agresión, lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), la protección especial a personas víctimas de violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores; finalmente, el derecho a la seguridad jurídica.

Estos derechos sirven para poner un límite al poder punitivo del Estado, advierte el derecho que tiene una persona que está siendo procesada a ciertas garantías mínimas, buscando obtener una sentencia justa luego de haber sido escuchada ante un tribunal imparcial, competente e independiente.

Merece destacarse el debido proceso como una garantía en cualquier proceso judicial, y administrativo; incluso que puede ser aplicado en cualquier ámbito, público o privado, y el debido proceso de las personas privadas de libertad.

1.1 Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad se refiere al reconocimiento y la aplicación de los instrumentos internacionales dentro del



ordenamiento jurídico de un determinado Estado, ha evolucionado a lo largo de la historia, dependiendo inclusive en muchas ocasiones del diseño estatal que se haya adoptado.

Tomando en cuenta el orden de prelación de las normas establecidas por la constitución, considero importante referirme al tema, pues los derechos que se reconocen a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa aplicación y forman parte del mundo jurídico del Ecuador al igual que los grupos de derechos antes mencionados.

Han existido históricamente 4 momentos trascendentes que se pueden diferenciar en cuanto a la aplicación de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico interno de un Estado: En un primer momento se aplicaba la teoría clásica, en virtud de la cual existía un divorcio total entre el derecho interno y el derecho internacional, por tanto solamente era aplicable el derecho nacional; en un segundo momento a través de la jurisprudencia, se empezó a relativizar la prevalencia de las normas de derecho interno y se consideró la aplicación directa e inmediata de ciertas disposiciones internacionales de Derechos Humanos; en un tercer momento, se otorgó un grado mayor de confianza a los tratados internacionales de derechos humanos, consagrándose constitucionalmente la aplicación de normas de derecho internacional por sobre el resto del ordenamiento jurídico pero con carácter infraconstitucional; finalmente, el constitucionalismo contemporáneo o *neoconstitucionalismo*, se caracteriza por el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional de derechos humanos por sobre todo el ordenamiento jurídico nacional, en aquellos casos en los cuales los derechos obtengan una garantía o un reconocimiento más profundo por parte de estos instrumentos.⁴⁵

⁴⁵ Juan Montaña Pinto, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho Ecuatoriano*, Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012, pp. 134-136.



Con esta evolución del derecho se ratifica el papel trascendental que juega el estado a la hora de garantizar de la manera mas efectiva los derechos constitucionales de las personas, en tal virtud la aplicación del ordenamiento jurídico ya sea interno o externo es indiferente siempre y cuando se cumpla con aquella misión estatal.

Los tratados y convenios internacionales ya tuvieron expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la Constitución de 1998, destacándose su jerarquía supralegal y aplicabilidad inmediata, con un claro énfasis en materia de derechos humanos en donde se discutía si contaban con jerarquía infraconstitucional, constitucional o incluso supraconstitucional.

En la Constitución ecuatoriana de 2008, en materia de instrumentos internacionales, no se introdujeron modificaciones sustanciales, salvo ciertos cambios en el procedimiento de aprobación y denuncia de los instrumentos internacionales, por ejemplo *“el tipo de tratados cuya aprobación o improbación en razón a su naturaleza le corresponde a la Asamblea Nacional es de ocho. En contraste con la Constitución Política de 1998 se agregó en la nueva Constitución dos tipos de tratados que no constaban en ésta, y son los tratados que comprometan la política establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales y los que comprometan el patrocinio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. El resto de tratados constan todos en la Constitución Política, casi en idénticos términos...”*⁴⁶

Así queda reconocido el denominado bloque e constitucionalidad, el cual es definido como: *“Un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales,*

⁴⁶ Xavier A. Flores Aguirre, Las relaciones Internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático, Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos / Neoconstitucionalismo y Sociedad, número 2, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008, pp. 248 – 249.



*fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales*⁴⁷

Es importante decir que para que se incorporen normas en el bloque de Constitucionalidad debe existir norma clara y expresa dentro de la norma suprema que lo permita, en el caso ecuatoriano se encuentran en los artículos 11 numeral 3, 424 y 426 de la Constitución. Al respecto, es necesario tener presente que incluso frente a una eventual contradicción entre el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberá aplicarse la norma que sea más favorable a la efectiva vigencia de éstos (*indubio pro homine*).

Hoy en día no se discute en el Ecuador la existencia del bloque de Constitucionalidad pues esta figura ha sido utilizada y reconocida en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional e inclusive se llega al punto de identificar ambos sistemas normativos como un sólo ordenamiento jurídico, lo cual nos lleva a pensar que en el Ecuador no manejamos una teoría dualista de estos dos ordenamientos, sino que aceptamos la teoría monista de los mismos.⁴⁸

1.2 Orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico interno.

La Columna Vertebral de cualquier Estado o Sistema de Gobierno, ya sea Democrático o no, radica en el Ordenamiento Jurídico ya que el mismo constituye la estructura legal de ese Estado.

⁴⁷ Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp.265-267.

⁴⁸ Juan Montaña Pinto, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho Ecuatoriano*, Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, pp. 130



El Ordenamiento Jurídico es el conjunto de Normas Jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta. En el caso de los Estados Democráticos, el Ordenamiento Jurídico está formado por la Constitución del Estado, que se rige como la Norma Suprema, por las leyes y del Poder Ejecutivo, tales como los Reglamentos, y otras regulaciones tales como los Tratados, Convenciones, Contratos y Disposiciones Particulares.

Según Hans Kelsen para que el Ordenamiento Jurídico sea efectivo debe partir de Una Norma Máxima o Norma Suprema, que sea la que constituya el punto de Partida para la elaboración de las otras leyes. En este caso esta Norma Suprema es Representada en la Constitución. La misma debe servir de marco legal, referencial y absoluto para el sistema jurídico interno.

Para Kelsen "piramidarizar" el derecho es una forma de hacer ciencia en el sentido de categorizar las normas desde un estado superior a otro inferior, esto pasa también por ejemplo en la biología, la taxonomía es una forma de hacer ciencia en la misma, pero es insuficiente para proclamarla como ciencia: es decir, remitiéndonos solo a esta categorización tendríamos que ver también los aspectos políticos, muy ligados al derecho, pues no existe lo uno sin lo otro.

No se debe confundir el Ordenamiento Jurídico con el Orden Jurídico, que se traduce en el conjunto de normas que rigen una determinada área del ordenamiento jurídico. La relación en conceptos es de género a especie., el Orden Jerárquico implica dar una estructuración de acuerdo a la importancia de cada elemento. Es decir, siempre en primer lugar de ese Orden Jerárquico va a estar aquel elemento que es de total relevancia para la continuación del mismo.

Al ser La Constitución el punto más alto de La Pirámide Kelseniana (modo en que explicó el Orden Jerárquico del Ordenamiento Jurídico), se debe tomar en cuenta la intención de los legisladores al



momento de redactar cada uno de los preceptos que allí se encuentran plasmados.

La Constitución del 2008 dice lo siguiente en lo referente a la jerarquía normativa:

Art. 424.- *La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

Art. 425.- *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.*



Se aplica el principio de supremacía Constitucional , Las normas están vinculadas directa o indirectamente con la norma fundamental. Pero además se hace referencia a los instrumentos internacionales que también son parte del ordenamiento jurídico y ocupan un lugar de importancia en su orden jerárquico, incluso cuando se trata de instrumentos en materia de derechos humanos pueden encontrarse aun por encima de la constitución, no de una forma contradictoria, sino complementaria con el fin de ampliar el goce de los derechos de las personas.

A través de esta figura se zanjó la discusión en el sentido que los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, aun cuando no hayan sido ratificados por el Ecuador, tendrán jerarquía constitucional e incluso podrán prevalecer sobre la Constitución cuando éstos extendieran su protección a los derechos más allá de la norma constitucional.

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

2. Los derechos de protección

Retomando la clasificación de los bloques de derecho, nos corresponde en el presente trabajo analizar los derechos de protección; es oportuno mencionar que antes no existía la función objetiva de los derechos como normas-principios que rigiesen sobre el legislador y la ley. Más bien esa realidad objetiva de los derechos se concretaba siempre a través del



legislador y de la ley y no desde la Constitución.⁴⁹ Hoy la Constitución recoge de manera general el derechos que tienen las personas a un debido proceso por lo que todo el ordenamiento jurídico debe estar en armonía con dicha disposición y proteger a los ciudadanos contra las arbitrariedades del estado. El aparato estatal esta construido para garantizar derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos y precisamente el debido proceso es una herramienta indispensable para que ello suceda, pues como alguna vez dijo un reconocido autor, solo la justicia que se puede ver es justa.

Los derechos de protección, se inspiran en la clasificación ya ensayada para expresar un grupo de derechos de los niños y niñas.⁵⁰

Estos derechos tienen su origen en el due process of law con precedentes en el derecho medieval inglés (Carta Magna, 1215) como instrumento de tutela de la libertad, la vida y la propiedad. En 1787, la enmienda quinta a la Constitución Estadounidense conocida como Bill of Rights, incorpora el debido proceso al sistema jurídico del common law o derecho consuetudinario. Asimismo la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano menciona que “ Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos prescritos por la ley...” . El primer instrumento internacional que garantiza el derecho al debido proceso es la Declaración Universal de Derechos Humanos. (Art. 10 y 11). Sobre este tema hay tendencias restrictivas, que limitan el alcance del debido proceso a la tutela ciertos derechos (libertad, la vida y la propiedad) y tendencias expansivas, que lo amplían a la protección de otros bienes jurídicos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha llevado la protección jurisdiccional a este segundo ámbito.⁵¹

⁴⁹ Egas, J. Z. *La Constitucionalización Del Sistema Jurídico Ecuatoriano Sobre La Base Y Por Efecto De Los Derechos Fundamentales*. Quito, Ecuador.

⁵⁰ La Convención de los Derechos de los Niños, y también el Código de la Niñez y Adolescencia, divide a los derechos en cuatro grupos: derechos de supervivencia, derechos de participación, derechos de protección y desarrollo.

⁵¹ Ramirez, S. G. (2012). *El debido proceso; criterios de la jurisprudencia interamericana*. Mexico, México: Editorial Porrúa.



Los derechos de protección se encuentran consagrados en los artículos 75 al 82 de la Constitución de la república.

Como mencione con anterioridad se puede decir que los derechos de protección se se clasifican en dos niveles, uno que se refiere a la normativa que aplica a todo proceso y otra que habla específicamente de los procesos penales, pero esta distinción es realmente necesaria? La respuesta a mi criterio es que si, esto no significa que existan derechos más importantes que otros, ni que cada derecho debe ser leído solo. Los derechos, como toda la Constitución en general, deben leerse de forma sistemática y a la luz de los principios que iluminan la interpretación, la aplicación y el ejercicio de derechos. La clasificación simplemente es una forma útil para poder comprender y ubicar los asuntos, con miras a un cumplimiento absoluto de los derechos humanos en función de los bienes jurídicos tutelados.

Los procedimientos no se pueden convertir en un obstáculo para exigir el cumplimiento de los derechos. El neoconstitucionalismo considera que los derechos y garantías son “la ley del mas débil” y que particularmente las garantías procesales constituyen “ derechos humanos primarios”, que conciernen indistintamente a todos en miras de asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses subjetivos, públicos y privados. cita

Los derechos de protección son un buen puente para luego tratar el tema de las garantías constitucionales. Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a al justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de las víctimas de violaciones a sus derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados en el ámbito internacional como graves e imperdonables (agresión, lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), la protección especial a víctimas de la violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, los derechos de las



personas con discapacidad, de las adultas mayores; finalmente, el derecho a la seguridad jurídica.

La gratuidad de la justicia consagrada en el Art. 75 de la Constitución y en el 168.4 establece que el acceso a la administración de la justicia será gratuito, y que la ley determinará las costas procesales, lo cual constituye un avance en relación a la Constitución de 1998 que establecía la gratuidad para casos taxativos. En este punto la doctrina hace una distinción entre la gratuidad de la administración de la justicia y la gratuidad de la justicia, siendo esta última mucho más amplia e incluiría no solo la exoneración de las tasas de acceso al servicio público de justicia, sino también todos los gastos que puedan poner a las partes en desventaja al momento de litigar. La gratuidad de la justicia incluye no solo la gratuidad en los juicios, sino también en la defensa pública y en toda actuación de la justicia, como en los peritajes, anotaciones registrales y notariales, etc.⁵²

El Art. 76 que desarrollaré mas adelante hace referencia a las garantías básicas del debido proceso, existen dos niveles de desarrollo de las garantías del debido proceso. Así en el numeral 1 se enuncian principios fundamentales que todo fallo ha de observar, por ejemplo: el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, derecho al juez o tribunal competente, independiente e imparcial, a la jurisdicción predeterminada por ley; que son derechos del denunciante y del denunciado. Un segundo nivel de desarrollo se refiere específicamente al campo del derecho procesal penal, desde que se habla de que el inculpadado de delito goza de la presunción de inocencia; aunque la mayoría de las garantías establecidas, por ejemplo en los literales a), c), d), e), f), y h) del numeral 2 se apliquen no solamente al proceso penal, sino al civil, administrativo, laboral, entre otros, dándose de esta forma un mayor alcance a los derechos que deben garantizarse a los

⁵² Luis Fernando Ávila Linzán, La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008, La Constitución del 2008 en el contexto andino, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2008



justiciables.⁵³

El Constituyente además, de manera acertada prevé mecanismos para proteger a las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal; y es así que el Art. 198 de la Constitución de la República dispone: “La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil.

El Art. 78 de la Constitución de la República garantiza de manera expresa que: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.

Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

También dentro de los derechos de protección se establece que no se concederá la extradición de ningún ecuatoriano pues su juzgamiento deberá sujetarse a las leyes nacionales, complementándose también con principios de derecho internacional consagrados en el código Sánchez de Bustamante suscrito y firmado por la mayoría de los países de América, entre otros el Ecuador. Este Código en su capítulo 4 dice: “Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales”.

La seguridad jurídica (Art 82) es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se

⁵³ Inga, A. G. *Tesis: El debido proceso en la Constitución del 2008*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.



conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.⁵⁴ Se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente.

2.1 El debido proceso

“No puede existir Estado de derecho ni orden Constitucional, allí donde no exista un debido proceso”

El debido proceso, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.⁵⁵

La importancia que tiene para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como un principio general del Derecho, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental⁵⁶ que además constituye un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado constitucional y democrático de derecho.

⁵⁴ *Wikipedia: La enciclopedia libre*. (s.f.). Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_jur%C3%ADdica

⁵⁵ *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, czt.*, parr. 92; *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. párr. 78; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. parr. 68 y *Caso Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, parr. 178

⁵⁶ Bustamante Alarcon, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justa*, Lima, ARA Editores, 2001, p. 183. Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Bogota, Editorial Temis, 1996, p. 118.



Definiciones:

Guillermo Cabanellas da el siguiente concepto de debido proceso: “Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas”

El Dr. Pedro Pablo Camargo, citando a **Héctor Fix Samudio**, define al debido proceso como: “El conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”

Arturo Hoyos, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, “Es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente predeterminado por ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”

En relación a las garantías procesales del debido proceso legal consagradas por los artículos 8 de la CADH, **Federico G. Thea** define al debido proceso como “una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos.”



El debido proceso se encuentra Consagrado en el Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. *Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*

2. *Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*

3. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*

5. *En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*



Tiene preminencia dentro del debido proceso, el derecho a la defensa y está relacionado con la garantía de juicio previo, necesario para la imposición de una sanción. “Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido”.⁵⁷

Carlos Bernal Pulido dice que El derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, presentar alegatos y pruebas. Una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho de defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las actuaciones y pruebas que allí obren.⁵⁸

Esta garantía es exigible desde el inicio de la etapa preprocesal y se desarrolla a partir del numeral siete del Art. 76.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.***
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.***
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.***
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las***

⁵⁷ Vélez Mariconde, Alfredo; Derecho Procesal Penal, T.II, Editorial Córdoba, Argentina 1986. Pg. 377.

⁵⁸ BERNAL PULIDO CARLOS; “El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”; Universidad Externado de Colombia; Bogotá enero 2005



excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*

f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*

g) *En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*

h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*

i) *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*

j) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*

k) *Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*

l) *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos,*



resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos

Esta clase de normas que configuran el derecho al debido proceso, y no están restringidas únicamente al ámbito penal o al administrativo, sino también tiene aplicación en las relaciones de subordinación (maestro-alumno, socio-sociedad), e inclusive se extiende al ámbito privado.

Los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los países considerados estados constitucionales de derecho.

El objetivo del debido proceso legal es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. Es decir, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesales que lo integran, ya que el cumplimiento de dichas formalidades no es un fin en sí mismo, sino que representa un instrumento fundamental para garantizar los demás derechos de las personas.

El artículo 8 de la Convención Americana también consagra estos derechos, bajo la denominación de Garantías Judiciales y dice lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal



competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para

la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro

del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*



4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*
5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

Este artículo uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder estatal representan la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención. Contiene un conjunto de derechos que que sostienen la tutela de los demás derechos de las personas. Ellos son, entre otros y sin perjuicio de las particularidades de su ámbito de aplicación y de la extensión que le ha dado a cada uno la jurisprudencia nacional e internacional, las garantías de acceso a la jurisdicción, intervención de juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencia, igualdad de las partes y equidad de los procedimientos, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable.

La Corte IDH ha dicho que “El concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”.⁵⁹

Los derechos de protección además incluyen las normas relativas a proceso penal, en caso de privación de la libertad.(Art. 77)

El legislador decidió que sea la Constitución la que pone límites al poder punitivo del Estado, es la que diseña el espacio dentro del que tiene validez el derecho penal y procesal penal, referente a esto, el autor

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 10-8-90, párr. 24; Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28-8-02, párr. 115; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, del 25-11-04, párr. 176. Esta lectura no se restringe sólo a los procesos penales, sino que debe ser extendida a todos los tipos de proceso.



Claus Roxin manifiesta “con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado.” Este límite es el derecho al debido proceso, el cual asiste al individuo para exigir el cumplimiento de las garantías que involucra.⁶⁰

Se hace esta distinción porque no es lo mismo que una persona sea privada de la libertad dentro de un proceso penal a que se encuentra en un procedimiento administrativo, esto afianza el papel garantista de la Constitución. Estas garantías se desarrollan en el Código Orgánico Integral Penal.

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. 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 de 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. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de

⁶⁰ Roxin Claus: *Derecho Procesal Penal*, 25.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. 3.



libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles



las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

- 9. 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. 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. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que éstos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.*
- 10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.*
- 11. 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.*
- 12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social*



del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios. Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

El orden jurídico debe estatuir normas procesales que, de acuerdo con la experiencia y teniendo en cuenta la fiabilidad de los seres humanos, garanticen más la búsqueda de la verdad. La “verdad” que se fundamente, por ejemplo, únicamente en el dicho de una de las partes, no es verdad.

2.2 Desarrollo de los derechos de protección en el ordenamiento jurídico infra constitucional.

Sabemos que la normativa Constitucional es la de más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, La Función Legislativa



tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a las normas constitucionales, y ha de tener especial cuidado que se adecué a la parte dogmática de la Constitución (garantías normativas). La Función Ejecutiva tiene la obligación de emitir políticas públicas inspiradas en los derechos (garantías de políticas públicas); así como organizar y mantener los servicios públicos que sean necesarios para que todos gocen de los derechos garantizados en la Constitución. La Función de Participación Social protege el ejercicio y cumplimiento de los derechos: La Función Judicial junto con la Corte Constitucional garantizan que todo el Estado respete, garantice y proteja los derechos humanos, y así todas las otras instituciones estatales y paraestatales.

El Art 3 de la Constitución dice que “ son deberes primordiales del estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución ..” entre ellos el debido proceso que además de ser una garantía en si mismo, es un medio para garantizar el cumplimiento de los demás derechos fundamentales.

La garantía del debido proceso es un principio aplicable en cualquier tipo de procedimiento, al respecto la corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado en los siguiente términos: *La Corte Constitucional colombiana en sentencia No. T-463 del año 1992, estableció que el derecho fundamental al debido proceso no se atribuye exclusivamente a las personas naturales sino que también se hace extensivo a las personas jurídicas, de naturaleza privada, pública o extranjera. También en este mismo orden de ideas la Corte antes aludida, ha enfatizado en que particulares tales como colegios, universidades y los empleadores están obligados a respetar el debido proceso, cuando lleven a cabo actuaciones que impliquen afectaciones a derechos fundamentales de los individuos que en relación con ellos se hallan en situación de dependencia o subordinación.*



Código Orgánico Integral Penal

Artículo 6.- Garantías en caso de privación de libertad.-En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona, se observarán las garantías previstas en la Constitución y a más de las siguientes:

1. En delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.
2. En el caso de contravenciones flagrantes, la audiencia se efectuará inmediatamente después de la aprehensión.
3. Se verificará la edad de la persona procesada y, en caso de duda, se aplicará la presunción de minoría de edad hasta que esta sea desvirtuada por parte de la o el fiscal dentro de la investigación.
4. Ninguna persona privada de libertad podrá ser incomunicada, aislada o sometida a tortura, ni siquiera con fines disciplinarios.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.



Código Orgánico general de procesos

Art. 1.- Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso.

Art. 257.- Garantías del debido proceso.- En todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código Orgánico General de Procesos, las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso".

3. Garantías Constitucionales

Las garantías -en sentido amplio- son los medios que disponen las personas o los colectivos para hacer efectivos sus derechos constitucionales. La Constitución de 2008 amplía y fortalece esas garantías.⁶¹

En la lógica de un estado constitucional de derechos y justicia, como se define nuestro país, a la dogmática constitucional le complementa no solo la parte orgánica sino también un sistema de garantías. De este modo, la parte dogmática determina el fin de la organización política, las garantías establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad, y la institucionalidad es el medio para promover y desarrollar el ejercicio de derechos y la operatividad de las garantías.⁶²

El título tercero de la Carta Magna se refiere a las garantías constitucionales, establece, primeramente, garantías normativas en virtud de las cuales se

⁶¹ Grijalva, A. (2009). *Principales Innovaciones en la Constitución del Ecuador 2008*. Quito, Ecuador: IRG.

⁶² Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador.



establecen mecanismos de protección tales como la rigidez constitucional, la reserva de ley, y la protección del contenido esencial del derecho.

Luego también dispone de garantías políticas para asegurar el respeto de los derechos en todos los niveles y funciones del Estado (Políticas y servicios públicos), y mas adelante se establecen las garantías jurisdiccionales destinadas a obligar el cumplimiento de las otras dos garantías, o en su defecto reparar del derecho que ha sido vulnerado. Así tenemos que la actual Constitución plantea tres niveles de garantías, de acuerdo al poder público al que le corresponda asegurarlas.

En este sentido, se desprende que en esos ámbitos pueden ocurrir violaciones a los derechos. Una norma jurídica puede ser *de iure* contraria a los derechos, una actuación de un agente o funcionario público y una resolución o sentencia judicial pueden violar también derechos. La idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del estado o de sujetos con poder.

Las garantías constitucionales que se establecían en la Constitución de 1998, particularmente el amparo, eran utilizadas únicamente frente a casos graves e inminentes de violaciones de derechos constitucionales y la solución que planteaba era netamente cautelar y no preveía una solución de fondo a los asuntos planteado, en perjuicio de aquellos derechos cuyas violaciones no eran graves ni inminentes, que no podían ser exigidos a través de la acción de amparo. La decisión que producía esta no era una decisión de fondo mediante la que se conoce y se declara la violación de un derecho y de ser el caso se obliga a su reparación. La actual Constitución avanza a la protección de los derechos constitucionales en todos los casos, sean o no graves, y pretende dar una solución de fondo a través de una sentencia constitucional.

La garantías establecidas en la Constitución pueden ser interpuestas por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.



3.1 Garantías normativas

A estas garantías Peces-Barba las denomina garantías de regulación y tienen que ver con el desarrollo del derecho secundario, con la reforma legal y con la limitación de las potestades legislativas a los derechos.⁶³

Las garantías normativas se derivan del deber de adecuación que exigen los convenios internacionales sobre derechos humanos. De igual modo, podríamos encontrar el sentido de estas garantías en el argumento jurídico de la jerarquía normativa. En teoría del derecho una idea fuerza es la del sistema normativo. El sistema de normas debe ser coherente y esa coherencia, entre otros filtros, se logra por el principio de jerarquía, en virtud del cual todas las normas de carácter secundario deben ser conformes con las normas constitucionales.

Las garantías normativas tienen algunas características; son: primarias, preventivas, universales, formales y materiales.

Son primarias porque una vez establecidas, su cumplimiento debería ser inmediato, y en verdad la regla general es que las personas cumplen las normas y no requieren de otro mecanismo para que ello suceda, sin embargo tenemos como excepción gente que no cumple con estas normas y es allí cuando entran en vigencia las garantías secundarias que son mecanismos jurídicos diseñados para hacer efectivas las garantías primarias.

Por ejemplo, la garantía normativa prescribe el libre acceso a la información generada por entidades públicas o privadas que manejen fondos del estado o realicen funciones públicas salvo

⁶³ Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 504.



que exista reserva expresa, esta garantía permite que cualquier persona solicite las mismas, si esta es negada y no hay reserva expresa, se activa la garantía jurisdiccional denominada acción de acceso a la información pública.

Son preventivas porque al prescribir obligaciones y derechos con anterioridad a las acciones u omisiones, establece las conductas permitidas o prohibidas como es propio de un estado de derecho donde sus normas, principios y reglas deben ser adecuadas para la protección de la sociedad.

Se consideran universales porque todos somos los beneficiarios de estas garantías.

La garantía normativa es formal. Esto quiere decir que la eficacia de la garantía se centra en la expedición normativa. De ahí se desprenderá que el incumplimiento de la garantía, por la expedición de una norma contraria a los derechos o por la falta de expedición de normas necesarias para el desarrollo de los derechos, se constituirá en una violación *de iure*. No hace falta esperar la aplicación de la norma o la constatación de un daño en alguna persona o en la naturaleza.⁶⁴

La formalidad de las normas se complementa con la materialidad de las mismas, la validez material tiene que ver con la correspondencia y coherencia de las normas con los derechos constitucionales.⁶⁵

La más importante garantía normativa es el principio de supremacía de la Constitución; pero existen otras garantías de este tipo en Ecuador como la rigidez Constitucional; el deber del

⁶⁴ Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador

⁶⁵ Serrano, José Luis. *Validez y vigencia: aportación garantista a la teoría de la norma*. Madrid, Trotta, 1999.



respeto a los derechos del artículo 11, numeral 9 de la Constitución y el deber general de reparación.

Al respecto la Constitución dice lo siguiente:

Art. 84.- *La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, u otras normas jurídicas y los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*

3.1.1 La garantía normativa y los derechos humanos

Una de las características de las garantías normativas es que estas tienden a asegurar el reconocimiento normativo de los derechos humanos y pretenden evitar una modificación arbitraria de los mismos.

Los derechos humanos, que están en la parte dogmática de la Constitución, imponen tres obligaciones al legislador, y en general a cualquier autoridad o persona con capacidad de normar, en materia de desarrollo normativo: limitar, desarrollar el contenido de los derechos, y configurar las garantías secundarias.

Los derechos humanos son un limitante al poder público, de los derechos humanos emanan en principio un deber de abstención de violación o restricción de los mismos, la única excepción a esta



inmunidad es cuando en el ejercicio de un derecho se vulnera otro.

Los constituyentes no tienen absoluta libertad para la redacción de las normas de derechos humanos, puesto que deben definir los derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales y del desarrollo progresivo de los derechos humanos acorde con la historia constitucional de un país. Por su parte, los legisladores ordinarios deben adecuar los principios contenidos en instrumentos internacionales y en la parte dogmática de la Constitución a la legislación ordinaria y secundaria.⁶⁶

Existen varios tipos de límites al quehacer legislativo y de reforma Constitucional, Los límites heterónomos y los autónomos, por un lado. Los explícitos y los implícitos, por otro. Y, finalmente, los límites absolutos y los relativos.

Los límites autónomos son los que provienen de la misma Constitución, los límites heterónomos que derivan de una norma jurídica extraña o ajena a la Constitución.

Los explícitos, también llamados cláusulas de intangibilidad, son los que aparecen formulados expresamente en el texto constitucional. Los implícitos son los que pueden deducirse indirectamente de la Constitución.

La clasificación de los límites a la reforma en absolutos y relativos se refiere a la posibilidad o imposibilidad de que tanto los límites explícitos como los implícitos puedan ser superados; es decir, si los límites pueden ser modificados por procedimientos especiales, entonces estaremos frente a un límite relativo, mientras que si un límite no puede ser superado bajo ninguna circunstancia (jurídica, desde luego) entonces se trata de un límite absoluto.⁶⁷

La Constitución establece que hay mínimos y prohibiciones que

⁶⁶ Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador, pag 192.

⁶⁷ Carbonell, M. (2011). *REFORMA CONSTITUCIONAL: LÍMITES Y CONTROLES*. (I. d. UNAM, Ed.) Mexico.



no se pueden violentar. Por ejemplo, no se puede desconocer o disminuir los derechos establecidos en la Constitución, todos los procedimientos para reconocer o restringir derechos deben seguir las normas del debido proceso, no se pueden establecer sanciones desproporcionadas, no se pueden establecer métodos de investigación que vulneren derechos, no se pueden establecer normas discriminatorias.

Un ejemplo de desarrollo normativo lo establece La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que proclamó que “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. A partir de esto, todo el derecho secundario se constituyo en un sistema de desarrollo del Art. 2 de la Declaración y esto es precisamente lo que debe hacer el legislador con los derechos garantizados en la Constitución.

3.2 Las garantías de políticas públicas

Las garantías de políticas públicas definidos en el artículo 85 constitucional vinculan los derechos y su efectividad a las políticas públicas a través de la obligación que tienen los responsables de la política pública de construirla, ejecutarla y evaluarla en función de su dependencia con la eficacia real de los derechos constitucionales.

Art. 85 *La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:*



1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

La garantías de políticas públicas obligan a las autoridades a desarrollar planes y programas dirigidos al cumplimiento de los derechos constitucionales. No puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución; al no regularla, se admitiría cualquier tipo de política, que va desde la clientelar hasta la francamente violadora de derechos; la política pública, como cualquier acto que emana del poder estatal, está sujeta a control de constitucionalidad.

En caso de que una política pública vulnere un derecho constitucional, existe la obligación jurídica de modificarla. El control constitucional de las políticas públicas se puede hacer desde la acción de protección de derechos y desde la acción pública de inconstitucionalidad.



Las políticas públicas tienen un lugar especial en la Constitución. El Plan Nacional de Desarrollo es uno de los instrumentos por medio del cual el estado garantizará los derechos de las personas, pueblos y colectividades.

Además podríamos decir que existen otras garantías vinculadas a a las políticas públicas que vienen a ser las Garantías institucionales y de participación ciudadana, que son mecanismos de protección que aseguran la existencia de instituciones y organizaciones como la Corte Constitucional, Defensoría del Pueblo, Consejo de participación ciudadana etc., que garantiza la vigencia de los derechos humanos y Constitucionales de manera independiente y autónoma.

3.3 Garantías jurisdiccionales

la Constitución del Ecuador, aprobada mediante referéndum en el año 2008, tiene muchas innovaciones en la teoría de los derechos humanos, tanto en el contenido de los derechos como en sus garantías. Estas innovaciones son una ruptura frente a la teoría tradicional de derecho.

Si estamos de acuerdo con la importancia suprema de los derechos constitucionales debemos entender que la caracterización de Estado como de derechos y de justicia no es baladí; significa que los derechos humanos son un componente neural del ordenamiento jurídico y político del Estado, que son precisamente estos los que marcan la cancha del quehacer estatal en la medida en la que limitan y vinculan a todos los poderes constitucionalmente establecidos.⁶⁸

⁶⁸ Mendez, J. M. (2013). *Derechos de la Naturaleza: fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.



En una democracia Constitucional los jueces son los principales protectores de los derechos reconocidos en la constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos y les corresponde a ellos verificar que las actuaciones del estado y los particulares no vulneren estos derechos y por el contrario, los garanticen. Por ello no se crearon jueces especiales para resolver acciones Constitucionales y en nombre de la unidad de la función judicial, todos los jueces están facultados para resolver acciones Constitucionales.

Las garantías son instrumentos o mecanismos que tiene un carácter reactivo y se pueden utilizar para exigir el restablecimiento o preservación de sus derechos.

Las garantías jurisdiccionales nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que está estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas. El juez ya no es más la boca muda de la ley, sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado. Actualmente, en Ecuador existen garantías jurisdiccionales, algunas novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano, y otras reforzadas en relación con sus similares previstas en la Constitución Política de 1998: la acción de protección, el habeas corpus, el habeas data, la acción de acceso a la información pública, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección. Las tres últimas acciones son nuevas garantías.

Para que las garantías sean efectivas es necesario que se creen determinadas normas secundarias. Por ejemplo, para que funcione la acción de protección se requiere de un aparato judicial al que se le ha dado la competencia de resolver la acción, cómo se designan los jueces y cómo se estructura un despacho judicial



se encuentra definido en la ley que regula la función judicial; el detalle de los procedimientos y las formas de interpretación de las normas que resuelven los conflictos constitucionales se encuentra en la ley que regula las garantías jurisdiccionales.⁶⁹

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos dice lo siguiente

Art. 6 .- *Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.*

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo

El artículo 86, numeral 1 y el Art. 439 de la constitución , establecen que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución de manera individual o colectiva”. Las personas pueden acceder a la justicia constitucional sin que deban acreditar otro requisito más y sin justificar un interés personal o legítimo alguno. Además la ley permite que el defensor del pueblo presente estas acciones.

⁶⁹ Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador, pag 196.



Con la finalidad de evitar o cesar la vulneración de los derechos, los jueces podrán dictar medidas cautelares.

3.3.1 Acciones Constitucionales

Algunos autores consideran que las acciones constitucionales constituyen derechos en si mismos, haciendo alusión a la obligación internacional de los estados de introducir garantías judiciales que protejan derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos.⁷⁰

El Art. 25 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en concordancia con el Art 86 de la Constitución de la república señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

⁷⁰ Orbe, R. T. *La acción de protección como garantía Constitucional de las Derechos Humanos*. INREDH.



c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El primer numeral señala la obligación internacional de los estados partes a contar con un recurso rápido, sencillo y efectivo que ampare a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, contra actos violatorios a los derechos fundamentales, para la defensa y protección de los derechos reconocidos en las respectivas constituciones, leyes internas o en la propia Convención.

Es la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, la que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos.⁷¹ Pero también se deja abierta la posibilidad de que los actos violatorios a los derechos humanos sean cometidos por particulares.

Características

- Las garantías son públicas y populares.
- Tienen un procedimiento informal y sencillo.
- El procedimiento es oral y en audiencia pública.
- Todos los días y horas son hábiles para interponer la acciones.
- El incumplimiento de una sentencia resultado de una acción Constitucional conlleva la destitución del cargo del funcionario.

Los jueces ordinarios serán quienes conozcan la acción de protección, de habeas data, habeas corpus y acceso a la

⁷¹ FAÚNDEZ Ledesma Héctor. Los Derechos Humanos como Derechos frente al Estado. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, *Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH, San José – Costa .Pág. 7.



información pública mientras que la Corte Constitucional conocerá la acción por incumplimiento y la extraordinaria de protección. Así tenemos las siguientes:

La Acción de Protección se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador de 2008 y tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado

Por tanto la acción de protección procede:

- 1) Contra los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales (no decisiones judiciales), que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio;
- 2) Contra políticas públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías;
- 3) Contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías;
- 4) Contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;



- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
- c) Provoque daño grave;
- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
- 5) Contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

La Acción de Habeas Corpus está orientada a la protección de la vida, la libertad, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad.

Para Justiniano era la “exhibición de un hombre libre para ampararlo en su libertad”

Se presenta esta acción cuando se ha privado de la libertad a una persona de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o cualquier persona.

Los jueces deberán resolver esta acción de forma rápida y eficaz, tendrán 24 horas después de presentada la acción para convocar a audiencia, donde se deberán presentar todas las pruebas formales que justifiquen la detención y ordenará la presencia de la persona privada de la libertad, así como la del defensor público y la persona que interpuso la acción , cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se deberá convocar a la máxima autoridad de la policía nacional y al ministro competente. El juez igualmente tendrá veinticuatro horas para dictar sentencia. En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención especializada y la imposición de medidas alternativas a la privación de libertad cuando fuera aplicable.



La Acción de Acceso a la Información Pública , de acuerdo a la LOGJCC tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma.

Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste. No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en artículo 13 inciso 1 dice que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Cabe resaltar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades que consagra, y garantizar el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción.

“El derecho al acceso a la información pública es una herramienta privilegiada para combatir el embate de la corrupción y además ayuda al proceso de rendición de cuentas. Es ejercer la



posibilidad de escrutinio directo de los actos de los funcionarios públicos por parte de los mandantes, de los ciudadanos.”⁷²

La Acción de Habeas Data tiene por objeto garantizar a todas las personas el acceso a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos o informes personales, o sobre sus bienes que consten en instituciones públicas o privadas.

Podemos decir que el hábeas data garantiza el ejercicio del derecho a la información, en triple dimensión de acuerdo a lo establecido en la Carta magna en el Art. 92

- a) Como el derecho al acceso a documentos, bancos de datos e informes sobre la persona o sus bienes, que consten en entidades públicas o privadas;
- b) Como el derecho a conocer el uso y el propósito de esa información; y
- c) Como el derecho a la actualización, rectificación ,eliminación o de los datos, en caso de que éstos fueran erróneos o afectaren ilegítimamente los derechos de la persona que se trate.

No es un recurso, es una acción que protege derechos constitucionales limitados a diferencia de la acción de protección que abarca una generalidad. Los derechos a los que me refiero están ligados con la intimidad, la discriminación, derechos humanos, registros, informática, prensa, etc. Con el avance de la informática se vuelve cada vez mas difícil un manejo responsable de la información por ello a través de la acción de habeas data se busca un control efectivo de la información personal que poseen terceros y un uso responsable de la misma.

⁷² Ernesto Villanueva en el Foro de Acceso a la Información auspiciado por la Coalición Acceso a la Información, en abril del 2004



La Acción por incumplimiento, se presenta ante la Corte Constitucional y tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas del sistema jurídico así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos cuando exista obligación clara, expresa y exigible de dar, hacer o no hacer.

El jurista debe tener claro que la acción no aplica cuando se trata de normas no regulativas, que son aquellos enunciados carentes de hipótesis de hecho, de obligación concreta, pero stessio tempo, ausentes de imposición causal. En términos menos categoriales: aquellas normas que no mandan, tampoco prohíben ni permiten no pueden, por lógica jurídica simple, ser materia de esta acción.⁷³

De acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los estados se comprometen a cumplir con las todas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejecución se puede realizar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para ejecutar las sentencias contra el Estado.⁷⁴

Esta garantía se activa cuando el juez que dicto la sentencia o quien está a cargo de ejecutarla no lo ha hecho en un plazo adecuado o cuando se considere que no se ha ejecutado de manera integral o adecuada.

Procederá también contra particulares en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

La Acción Extraordinaria de Protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se

⁷³ Atienza, M. (1998). *“A propósito de la argumentación jurídica”*. Alicante, España: Univesidad de Alicante.

⁷⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, No. 36, 1144, UNTS,123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Artículo 61.



interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Los jueces, al estar subordinados a la Constitución, deben dictar sus autos, sentencias y resoluciones respetando lo derechos Constitucionales y del debido proceso pues esta acción nace y existe para garantizarlos, protegerlos, tutelarlos y ampararlos, cuando han sido afectados por cualquier acción u omisión, a través de una decisión judicial.

La Acción Extraordinaria de Protección cuenta con las siguientes características básicas:

- Independencia: No guarda relación procesal con otras garantías jurisdiccionales ni resuelve sobre los asuntos litigiosos que motivaron el proceso en la jurisdicción ordinaria.
- Excepcionalidad: Solo procede contra determinadas actuaciones judiciales y bajo el cumplimiento de requisitos determinados en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (restrictiva/limitada)
- Especialidad: Solo puede ser activada respecto de la vulneración de derechos constitucionales. No procede respecto de cuestiones de mera legalidad.
- Residualidad: Procede únicamente cuando se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios.



3.3.2 Acciones legales

Las acciones legales son aquellas que se generan en la violación de derechos reconocidos y protegidos por la ley, es decir todas las acciones civiles, penales, laborales, etc. Que se reconozca en la respectiva normativa legal.

Son el ejercicio de la facultad jurídica que posee el individuo de ejercer el derecho a pedir algo en juicio; es decir, se tiene el derecho legal de emprender acciones legales. Propiamente son aquellos pasos de algún proceso legal: amparos, presentación de pruebas, detenciones, veredictos, etc.⁷⁵

⁷⁵ http://www.mastiposde.com/definicion_de_acciones.html



Capítulo III

Jurisprudencia y Casos Prácticos

1. Jurisprudencia: concepto

La Jurisprudencia se podría definir como el Conjunto de Decisiones emanadas del Tribunal Máximo del Poder Judicial de un Estado, que sirven de referencia en la Solución de Casos Análogos en cualquier otro Tribunal; las Decisiones Jurisprudenciales, consiste en los dictámenes o sentencias dictados por tribunales, cuya referencia fue alguna Jurisprudencia referente al tema.

La Importancia de estas Decisiones Jurisprudenciales, es que sirven a manera didáctica para marcar pautas dentro del sistema Judicial, ya que otros jueces buscan orientarse en la resolución de casos anteriores y algunas veces no hay claridad en las leyes o normas, de manera tal que recurren a casos similares para utilizarlos de referencia lo cual en cierto modo facilita el proceso.

Jurisprudencia Internacional

La Jurisprudencia que emana de la aplicación de cuerpos normativos internacionales, han configurado la fuente principal para la materialización de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. La Labor jurisdiccional de la Corte Interamericana, evidencia un progresivo desarrollo del diálogo jurisdiccional que se establece entre ésta y los Órganos jurisdiccionales nacionales (Tribunales, Cortes o Salas constitucionales) y entre estos mismos, respecto de la protección de los Derechos Humanos en la región.⁷⁶

⁷⁶ Monterrey, R. J. (2014). *Convencion Americana sobre derechos humanos comentada*. (C. S. Uribe, Ed.) Bolivia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.



La jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana ha servido para desarrollar los derechos humanos en América Latina, así como también ha realizado un importante aporte a la academia y las respectivas legislaciones y políticas públicas de cada país.

La jurisprudencia es una fuente importante del derecho, la ley no lo es todo, en este sentido, la jurisprudencia puede ser considerada como derecho supletorio y debe ser tomada en cuenta al momento de resolver.

Mediante la expedición de la Ley de Casación (2004), el Derecho Jurisprudencial adquiere un nuevo logro en Ecuador, que si bien no genera un reconocimiento íntegro de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, si permite establecer una mayor actividad normativa por parte de los jueces al disponer en su artículo 19 la publicación obligatoria de todas las sentencias de casación en el Registro Oficial, lo que generaba la posibilidad de dar a conocer las decisiones tomadas por el máximo órgano jurisdiccional del país no sólo a las magistraturas inferiores, sino a los operadores jurídicos a nivel nacional, permitiendo un mayor empoderamiento del derecho y la doctrina de los Tribunales otorgando mayor importancia a la práctica jurisprudencial.⁷⁷

La Constitución de 2008 desarrolla un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, que en este caso aplica también para quienes administran justicia ordinaria, por lo que la jurisprudencia constituye una fuente directa del derecho y mandato del pueblo soberano.

El principio *stare decisis* es aquel deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

La Corte Constitucional, tiene la obligación constitucional de desarrollar los contenidos de los derechos reconocidos en la Constitución mediante su jurisprudencia, dando respuestas concretas a los problemas surgidos a

⁷⁷ Terán, d. f. (2012). *“Derecho jurisprudencial en Ecuador: el caso de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional ecuatoriana en perspectiva al derecho comparado”*. Quito, Ecuador



partir del ejercicio e implementación de la garantía jurisdiccional. De la correcta aplicación de esta institución depende la garantía de los demás derechos contenidos en la Constitución. Su adecuada aplicación permitirá la tutela adecuada y efectiva de los derechos de las personas frente a amenazas o vulneraciones de derechos por parte del sector público o particulares.

En la materia que nos concierne, La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de opiniones consultivas y jurisprudencia ha desarrollado varias temáticas por ejemplo; Opinión Consultiva 11: formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a obtener un abogado patrocinador, se refirió a dos situaciones. La primera, el estado de indigencia, en este caso la falta de recursos económicos obligan al estado a proveer de manera gratuita asistencia legal, pero incluso allí el indigente no puede solventar los costos que conlleva un proceso legal.

La segunda situación viene dada por aquellos casos en los que existe temor acerca de las consecuencias que puedan afectar la seguridad del defensor. La Corte decidió que en ambas situaciones se estaría limitando el acceso a los derechos contenidos en el Art. 8 de la CADH e implicaba una situación discriminatoria y violatoria del derecho a la igualdad. Cabe mencionar que la CADH con mejor intención garantista, establece que este derecho es irrenunciable y que el derecho a la defensa también está constituido por varios elementos como: estar presente durante el proceso, tener abierta la posibilidad de ofrecer pruebas y contradecir las que ofrezca la parte contraria.⁷⁸

La jurisprudencia ha atribuido un carácter expansivo las garantías previstas en el Art. 8 de la CADH con el propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos sin importar la materia de la que se trate, son garantías mínimas de aplicación en cualquier caso⁷⁹

En el paradigmático caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras La Corte en primer lugar interpretó que el compromiso del estado además de respetar

⁷⁸ Pasara, L. (2008). *El uso de los instrumentos internacionales de DD.HH. en la administración de justicia*. (M. d. Humanos, Ed.

⁷⁹ Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. parr. 103; Caso del Tribunal Constitucional, cit., parr. 70, y Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (art 46.1, 46.2.a-46.2.b) Convención Americana sobre Derechos Humanos



derechos y libertades, consiste en organizar todo el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁸⁰ así mismo dice que: “ El sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa por sí mismo, una infracción a deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y la vida”⁸¹

La Corte deja claro que es responsabilidad y obligación del Estado garantizar el derecho a la defensa, no es una simple formalidad, debe ser asumido como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de interés particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”⁸²

La Corte Colombiana, en la sentencia C-029 de febrero 2 de 1995, rechazó la tendencia a considerar que las normas procesales, también llamadas adjetivas, tienen un rango inferior. En esa oportunidad afirmó: “De otra parte, las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho.” (Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía)⁸³.

En relación a la discriminación en el sistema judicial, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en interpretación del Art. 1.1 de la CADH, que “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos

⁸⁰ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, numeral 166, 29.7.88

⁸¹ Ídem Op. Cit., numeral 175

⁸² Ídem Op. Cit., numeral 177, 29.7.88

⁸³ Mejía, J. A. (2008). *El Debido Proceso en el Derecho Ambiental*.



garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”, sobre la base del criterio que “ No es admisible crear diferencias entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁸⁴

En tal sentido, el debido proceso es un pilar fundamental para el respeto de los derechos humanos, es muy importante que existan las medidas que garanticen el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, se debe corregir la evidente desigualdad que puede existir en muchos casos, derivada de las condiciones generales de una persona o grupo de personas.

Es importante el criterio de la Corte, en el sentido de que los extranjeros detenidos tienen derecho a solicitar asistencia consular al país de su nacionalidad. Para ella, el Estado que practica la captura debe hacerles saber este derecho, que forma parte de las garantías mínimas destinadas a asegurar la oportuna preparación de la defensa y la realización de un juicio justo.⁸⁵

El derecho a la defensa va mucho más allá de simplemente facilitar los servicios de un abogado, el numeral 8 de los principios básicos sobre la función de los abogados relativo a los asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio de la defensa en estos casos, establece que a toda persona arrestada o detenida se le facilitarán las oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él, consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial.⁸⁶

La protección del individuo dentro y fuera del proceso penal implica la existencia de medios de tutela bajo los conceptos de recursos o impugnaciones, la tramitación de estos recursos deben ajustarse al debido proceso, la Corte detalló que: “ Los Estados Partes están obligados a

⁸⁴ Opinión Consultiva 4-84

⁸⁵ Cfr. Caso Bulacio, cit., parr. 130; Caso Tibi, cit., parrs. 112 y 195; Caso Bueno Alves. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. parr. 116, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, cit., parrs. 86, 106 y 122

⁸⁶ Caso Lori Berenson Mejía, cit., parr. 166, y Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. En torno a defensa, Cfr. García Ramírez, Panorama ... , op.cit., 69.



suministrar recursos efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.⁸⁷

En el Ecuador las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los jueces al conocer cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, determina que las juezas y jueces constitucionales que sin fundamento constitucional y legal expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales, que vuelvan inejecutables las sentencias resueltas previamente, podrán ser destituidos de su cargo por parte de la Corte Constitucional, garantizándoles el derecho al debido proceso.⁸⁸

La Convención, y sus organismos es decir la Comisión y la Corte, son supletorios a la jurisdicción nacional, les da a las personas seguridad jurídica aun cuando ha sido negada por su propio país y al haber ratificado la Convención estas decisiones se hacen vinculantes. Hoy en día, existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión que se ha visto fuertemente influenciado por el derecho internacional de los derechos humanos así como los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia.

⁸⁷ Caso Zambrano Vélez y otros. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. parr. 114.

⁸⁸ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia n 001-10-PJO-CC. Caso n 0999-09-jp- Registro oficial n 351, diciembre 2010.



2. Caso prácticos

En el presente trabajo de investigación me permitiré realizar un análisis de casos prácticos con el objetivo de entender de mejor manera cuando opera el organismo internacional y cuando el estado ha fallado en proveer apropiada protección al ciudadano además de las condiciones que deben cumplirse para la presentación de la acción.

El agotamiento previo de los recursos internos

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que cualquier persona puede presentar una petición por violación a los derechos humanos de la siguiente forma:

Art. 44 Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

La Corte y la Comisión IDH han sostenido que no pueden ejercer su jurisdicción si es que la petición no cumple con determinados requisitos, entre ellos el agotamiento de los recursos internos.

El sistema Interamericano de Derechos Humanos es complementario a la jurisdicción nacional, esto significa que los casos de violación a los derechos humanos deben ser resueltos por el estado que se constituye en garante de los mismos y que solamente si esto no sucede, las víctimas o sus familiares pueden presentar las respectivas peticiones.

La comisión una vez que ha recibido la denuncia, debe calificar si la petición cumple con todos los requisitos de admisibilidad, esta etapa es anterior al estudio de fondo del caso.

Los únicos recurso que deben ser agotados son los adecuados y efectivos; un recurso se considera adecuado cuando es idóneo para proteger el



derecho o la situación infringida; y, es efectivo cuando surte el efecto para el que fue creado. Los recursos que deben ser agotados tienen que ser necesariamente judiciales.

Por una parte, le corresponde a la víctima o peticionario demostrar que ha agotado todos los recursos internos o la imposibilidad de hacerlo y por otra le corresponde al estado señalar los recursos que debieron agotarse y la demostración de su efectividad. El estado debe alegar la falta de agotamiento de recursos internos en las primeras etapas del proceso, antes de la etapa de fondo, si no lo hace, se entiende que ha renunciado a su derecho de presentar dicha excepción. De lo anterior se desprende que la invocación por el Estado de la existencia de un recurso interno no agotado debe no solo ser oportuna, sino también clara, identificando el recurso en cuestión y cómo el mismo, en el caso, sería adecuado y efectivo para proteger a las personas en la situación que se hubiere denunciado.

3. Caso el Universo

Actor: Rafael Correa Delgado

Demandados: Emilio Palacio, Carlos, César y Nicolás Pérez

Fecha: Marzo 2011

Asunto: Injurias calumniosas

Antecedentes

En febrero del año 2011, Emilio palacio publicó en el diario El Universo, la columna titulada “No a las mentiras” En la nota, se afirmaba que Correa había ordenado “fuego a discreción” contra un hospital colmado de civiles durante la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010. Según Correa con esa afirmación se lo llamó “criminal de lesa humanidad.



Hechos Cronológicos

- En febrero del 2011, Emilio Palacio en calidad de editor del diario El Universo publica la columna “No a las mentiras”.
- Rafael Correa plantea su demanda y pide 80 millones de dólares y tres años de cárcel para los directivos del diario El Universo, Carlos, César y Nicolás Pérez y para el entonces editor de Opinión Emilio Palacio, por supuestas injurias.
- Se realiza una primera audiencia en julio de 2011 donde el diario El Universo ofrece publicar una rectificación escrita por el mandatario, quien rechazó la oferta por considerarla tardía.
- En primera instancia sentencia a tres años de prisión a los demandados y al pago de 40 millones de dólares a los demandados, Los demandados apelan y piden la nulidad del proceso.
- En la audiencia de apelación se ratifica el fallo. Se presenta recurso de casación y en octubre del 2011 se pide a la Comisión IDH la aplicación de medidas cautelares
- Los jueces de la Corte Nacional ratificaron la sentencia. El proceso vuelve al tribunal inferior, para la ejecución de la sentencia.
- En febrero del 2012, la CIDH acogió la solicitud de medidas cautelares a favor de los demandados y solicitó al gobierno ecuatoriano suspender los efectos de la sentencia.
- Como había anunciado en una de las audiencias, Rafael Correa perdonó al Universo, facultad que como ciudadano querellante tiene.

Derechos vulnerados

Rafael Correa Delgado

- Derecho a la honra y al buen nombre
- Derecho a la dignidad



- Responsabilidad ulterior

Diario el Universo

- Derecho a un juez independiente e imparcial
- Derecho a la defensa: se les negó la mayoría de pruebas que pretendían presentar.
- Derecho a acceder a la justicia en igualdad de condiciones
- Proporcionalidad entre la infracción y la sanción

Considero que en la columna “No a las mentiras” efectivamente se injurió a Rafael Correa, no se realizó un simple juicio de valor sino una afirmación de hechos de los cuales no se tenía pruebas y la infracción es aún más grave tratándose del presidente de la República.

Aún así existen varias razones por las cuales debía declararse la nulidad de la sentencia, es obvio que la sentencia es exagerada, fue preparada por un juez temporal en tiempo record, se disfrazó la figura del desacato, que ya no existía en el Ecuador para poder plantear su demanda, se les negó arbitrariamente la mayoría de pruebas solicitadas violentando así el derecho a la defensa, no se probaron los daños y sin embargo se les condenó a pagar 40 millones de dólares, los jueces de segunda instancia dictaron sentencia mientras se encontraban recusados, etc.

Además de todos los aspectos formales creo que es importante llevar nuestra atención a la realidad de la situación, pues no se enfrentaban dos ciudadanos comunes y corrientes, Rafael Correa Delgado al momento era presidente de la república y por más que se quiera separar el ciudadano del presidente, resulta inútil, pues el objeto mismo de las injurias radicaba en su labor como presidente en los hechos del 30S. Claro está que todos tenemos nuestro derecho al buen nombre y a la honra, pero cuando se es un personaje público, involucrado con la política, se debe atender a parámetros distintos de valoración por la naturaleza de su posición.

Lastimosamente esta es una lucha de poderes, el poder político y el poder mediático; vivimos una situación en la que los medios de



comunicación dejan de ser informativos, los medios privados atacan sin descanso al gobierno y los medios públicos lo elogian a diestra y siniestra. Nunca se debe subestimar el poder que tienen los medios, pueden ser los causantes de caos o promotores de la paz pero lastimosamente hemos perdido la confianza en la información que se nos presenta.

En este caso lamentablemente el ofendido actuó igual o peor que el acusante. Los ecuatorianos nos merecemos mejores políticos así como mejores medios de comunicación.

4. Floresmilo Bolaños vs. Ecuador

Actor: Floresmilo Bolaños

Estado Parte: Ecuador

Fecha de presentación: 13 de julio de 1987

Comunicación No 238/1987, presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. Floresmilo Bolaños de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asunto: Prisión preventiva prolongada y arbitraria de un ciudadano ecuatoriano acusado de asesinato

Antecedentes

El 11 de septiembre de 1982, el cadáver de Iván G. Egas P. fue encontrado en la jaula de los leones en el zoológico del Colegio Militar Eloy Alfaro, en el norte de Quito. Por ese crimen, el 3 de agosto de 1984, se extendió el sumario al teniente coronel Pedro L., su esposa, Lilia L. y Nelson O., quienes fueron sindicados por haberse encontrado presunciones de responsabilidad, en el proceso indagatorio. Además, fueron acusados como coautores seis personas. Una de ellas, Floresmilo



Bolaños, fue declarado inocente y recuperó su libertad en 1989, luego de permanecer siete años recluido en prisión.⁸⁹

Hechos Cronológicos

- El 11 de septiembre de 1982 en la jaula de los leones del jardín zoológico de la Academia Militar fue encontrado el cadáver del Sr. Iván Egas.
- Se presumía que el joven se encontraba en estado etílico y que había ingresado deliberadamente a la jaula de los leones, por lo cual fue considerado suicidio.
- El Sr. Floresmilo Bolaños se encontraba de guardia en el sector de la jaula de los leones y no existía registro del ingreso de las personas.
- El vehículo de Iván Egas fue encontrado con hundimientos que sugerían una intersección brusca.
- El caso se cerró sin investigaciones ni declaraciones.
- Meses después se exhumó el cadáver y los nuevos reportes forenses indicaron que a pesar de que se hacía pensar de que se trataba de un suicidio, eso no era posible y que era indiscutiblemente obra humana.
- Iván Egas ingresó vivo, aunque inconsciente, a la jaula de los leones en el zoológico del Colegio Militar, en el cuerpo de Iván Egas, de acuerdo con el departamento forense de la Policía Nacional donde se hizo la necropsia, se determinó la inexistencia de sus testículos. El jurista Gonzalo Silva, quien fue parte del proceso que realizaron los médicos legistas de la Policía Nacional, da su criterio: “Decía que el lugar donde se encuentra el charco grande de sangre es identificativo del suceso, del asesinato, y así fue, porque cuando se hicieron las debidas

⁸⁹ <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/1992-cerro-caso-ivan-egas.html>. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. ElComercio.com



experticias, se justificó y se demostró de que el charco de sangre era evidente en el interior de la jaula, y también aprendí de que los leones no se comen a un ser humano cuando éste fallece, esto es propio de las yenas, entonces, el joven ingresó vivo” Luego de ello, “se demostró que se había destruido el paquete vascular izquierdo o derecho no recuerdo y que eso provocó el gran sangrado y también había una destrucción, una mordedura de su pierna, no me acuerdo si izquierda o derecha”.

- Floresmilo Bolaños fue detenido si tener prueba alguna en su contra.
- Dos años después del asesinato, se identificó al presunto autor de la muerte del joven Egas y se ordenó la detención del teniente coronel Pedro Hernán Larenas, quien nunca fue apresado.
- Se sugiere que Iván Egas había sido el amante de la esposa de un coronel, que el coronel lo mandó matar y que posteriormente otras personas metieron el cadáver en la jaula de los leones.
- Floresmilo Bolaños estuvo detenido por seis años y cuatro meses, mientras el juicio seguía paralizado.
- Recobró su libertad gracias a las presiones de las comisiones de derechos humanos internacionales.
- En julio de 1987 presentaron la petición al Comité de Derechos Humanos. Y en 1989 el comité señaló que existió una grave violación a los derechos humanos y que el estado ecuatoriano era responsable.
- En el año 2010, el Estado ecuatoriano presentó disculpas públicas a Floresmilo Bolaños y su familia y se le asigna una indemnización económica.

Derechos vulnerados

- Derecho a ser enjuiciado dentro de un plazo razonable: aun cuando la ley ecuatoriana disponía que la detención previa a la acusación



formal no debe exceder de 60 días, él estuvo detenido durante más de cinco años antes de ser acusado en diciembre de 1987.

- Derecho a la defensa: No se le permitió consultar con un abogado de manera inmediata, se lo mantuvo en aislamiento, se le negó la posibilidad de presentar testigos.
- Tutela judicial: tardaron más de seis años en concederle su libertad, y únicamente lo hicieron por pedido de la comisión de derechos humanos, además, el crimen quedó en la impunidad.
- Juez imparcial: utilizaron a Floresmilo Bolaños para cubrirse de las críticas de la prensa; el juez dijo “ Algo ha de saber, métanle preso”
- Detención ilegal y arbitraria: fue detenido sin ninguna prueba que indique su participación en el asesinato.

La responsabilidad recae sobre el estado pues todas estas violaciones fueron perpetradas por agentes del orden público y jueces. El más alto deber del estado es proteger y respetar los derechos humanos y en caso de que estos se hayan violentados se debe sancionar a las instituciones u organismos causantes, además se debe aplicar una sanción económica a más de resarcir su honra y su dignidad. A Floresmilo Bolaños, se le privó de su derecho a la libertad y seguridad, se le negó el acceso a la justicia de manera rápida y eficaz, se lo mantuvo en completo aislamiento alrededor de 15 días negándole su derecho a consultar con un abogado o recibir visitas de sus familiares. El derecho al debido proceso fue completamente pisoteado. Los recursos internos no fueron óptimos para proteger y respetar sus derechos humanos. Aún así el estado tarda más de 20 años en pedir disculpas públicas e indemnizar a Bolaños y su familia.

Importa que el estado utilice todos los medios a su alcance para que esto no vuelva a suceder, las medidas eficaces no pueden solamente radicar en disculpas públicas, la elaboración de políticas públicas de protección de derechos son trascendentales así como la educación a la ciudadanía sobre cuáles son sus derechos y promover las denuncias



contra violaciones de derechos de las cuales hayan sido víctimas o hayan llegado a su conocimiento.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas pidió al estado ecuatoriano que repare el daño causado, el Ministerio de Justicia firmó un acuerdo con la víctima, pidió disculpas a través de la prensa escrita y le pagó una indemnización, y en el día de los derechos humanos, 10 de Diciembre del año 2013 se develó una placa en su honor.

“...uno se desengaña tantas y tantas veces que uno escucha eso y se pone a pensar que solo se creyó en la justicia cuando ingresamos al primer año de la escuela de leyes”⁹⁰

5. Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador

Actor: Miembros del Pueblo indígena Sarayaku

Estado parte: Ecuador

Fecha de presentación: 26 de abril de 2010 (Remisión a la Corte IDH)

Asunto: Violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

Antecedentes

La CIDH sometió el caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador en virtud de las presuntas acciones y omisiones del Estado en perjuicio del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros, ya que supuestamente éste ha permitido que una empresa petrolera privada realice actividades en el territorio ancestral del Pueblo Kichwa de Sarayaku sin consultarlo previamente y creando una situación de riesgo para la población. Dicha

⁹⁰ Ab. Gonzalo Silva quien fue parte del proceso que realizaron los médicos legistas de la Policía Nacional.2010



situación supuestamente ha traído como consecuencia la imposibilidad del pueblo indígena de buscar sus medios de subsistencia en su territorio y la limitación del derecho a circulación en el mismo. Al respecto, a la fecha este caso se encuentra en trámite ante la Corte, por lo que ésta deberá aplicar los estándares antes mencionados para evaluar la existencia o no de una violación en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

Hechos Cronológicos

- La comunidad Sarayaku se encuentra ubicada en la provincia de Pastaza, 65 km de la ciudad de El Puyo. Es uno de los asentamientos Kichwas de la Amazonía de mayor concentración poblacional y extensión territorial.
- El 12 de mayo de 1992 el Estado adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización, en la provincia de Pastaza, un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de 222.094 Ha. a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximada y tradicionalmente 135.000 Ha.
- Luego de varias licitaciones internacionales, el 26 de julio de 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el “Bloque 23” entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A.(CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado en el contrato para ese efecto comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, entre ellas Sarayaku, cuyo territorio ancestral y legal abarcaba un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23.
- La Compañía CGC subcontrató a otra empresa para la realización de un plan de impacto ambiental para la prospección sísmica, el cual fue realizado en mayo de 1997 y aprobado el 26 de agosto siguiente por el Ministerio de Energía y Minas. Este estudio no incluyó a Sarayaku. Entre



abril de 1999 y septiembre de 2002 se suspendieron las actividades en el Bloque 23.

- La empresa petrolera intentó gestionar el ingreso a la comunidad Sarayaku para la exploración, sostuvieron varias reuniones con los líderes de la comunidad, se les ofreció atención médica, regalos, incentivos económicos, etc.
- En mayo de 2000 el apoderado de la CGC visitó Sarayaku y ofreció USD\$60.000,00 para obras de desarrollo y 500 plazas de trabajo para los hombres de la Comunidad. El 25 de junio de 2000 la Asamblea General de Sarayaku, rechazó su oferta. Ante la negativa del pueblo Sarayaku de aceptar la actividad petrolera de la CGC, ésta contrató en 2001 a Daymi Service S.A., un equipo de sociólogos y antropólogos dedicados a programar relaciones comunitarias. Según miembros de Sarayaku, su estrategia consistió en dividir a las comunidades, manipular a dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones, inclusive la creación de una llamada “Comunidad de Independientes de Sarayaku” para llegar a un acuerdo.
- En 2002 la Junta Parroquial Rural de Sarayaku presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo para pedir que la petrolera respetara su territorio.
- El 28 de noviembre de 2002 el Presidente de la OPIP (Organización de los pueblos indígenas de Pastaza), presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra Daymi Services. En dicho recurso se alegó que desde 1999 la CGC había ejecutado acciones diversas destinadas a negociar de forma aislada y separada con las comunidades. El 29 de noviembre de 2002 dicho Juez admitió a trámite el amparo y ordenó, como medida precautoria, “suspender cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo”, así como la celebración de una audiencia pública, la cual no se llevó cabo. El 12 de diciembre de 2002 la Corte Superior de Justicia del Distrito de Pastaza observó “irregularidades” dentro de su trámite y



manifestó su preocupación por la falta de celeridad en el proceso tomando en cuenta la relevancia social de mismo.

- Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.
- Desde agosto de 2007 el Estado realizó varias gestiones para proceder al retiro de la pentolita del territorio Sarayaku, en relación con las medidas provisionales ordenadas por la Corte. A la fecha de emisión de la Sentencia, el Estado habría retirado 14 kg. De la pentolita enterrada en superficie. El 19 de noviembre de 2010 PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23.
- La Comisión IDH admite la petición el 13 de octubre del 2004 y se ordenaron medidas provisionales. Se realiza el informe de fondo en el año 2009.
- El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado de Ecuador. Sarayaku.
- El 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, así como la vida e integridad personal, además de la violación a las garantías judiciales, se le condenó a pagar alrededor de un millón y medio de dólares como concepto de indemnizaciones y costas procesales.

Derechos vulnerados

- Derecho a la consulta-participación
- Derecho a la propiedad comunal
- Derecho a la identidad cultural
- Derecho a la vida e integridad personal



- Derecho a la tutela judicial efectiva y acceso a las garantías judiciales

La jurisprudencia de la Corte en materia de derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente ha permitido en los últimos años generar estándares importantes para el reconocimiento de su relación intrínseca y apuntar hacia su protección más efectiva.⁹¹

El caso del Pueblo Sarayaku VS. Ecuador contribuyó con algunos factores al reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución de Montecristi pues, la Corte de manera implícita reconoce una visión biocéntrica de la naturaleza. Se establece los principios de responsabilidad, desarrollo sustentable, información, participación, etc., y obliga a reparar los daños causados⁹²

En relación con las afectaciones al territorio Sarayaku, la empresa petrolera destruyó al menos un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo Sarayaku. Del mismo modo, la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad, taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la afectación y suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo Sarayaku.

De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus, que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.

Además según información oficial del Ministerio de Energía, existen 476 puntos dentro del territorio de Sarayacu y el territorio Achuar, en donde la empresa CGC colocó, sin conocimiento de los afectados, cargas de entre tres y cinco kilogramos de pentolita, un explosivo de alto poder destructivo, sembrados a 12

⁹¹ Gamboa, J. C. Pueblos Indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : Un desafío verde. Costa Rica.

⁹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su jurisprudencia, sosteniendo que sus sentencias, constituyen per se una forma de reparación.



metros de profundidad y una cantidad no determinada en la superficie de la selva sagrada de Sarayacu, en sus lugares de caza, en sitios donde niños y jóvenes transitan en busca del sustento, a pesar de que se ordenó que el Estado remueva la totalidad de la pentolita, solo se ha podido extraer una pequeña parte.

Al reconocerse la propiedad colectiva y ese estrecho vínculo que tienen las comunidades con los pueblos, Para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (...), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones. (...) ⁹³

El estado falló en garantizar los derechos de participación de la comunidad Sarayaku, es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal; es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

Esta situación puede ser comparada con lo que sucede con el Yasuni ITT. La sentencia aclara el panorama sobre la consulta, la cual debe ser llevada a cabo de manera previa, libre e informada, lo cual no ocurrió en el caso del Yasuní. Por lo que, en caso de explotación de este territorio estaría violando de manera directa normas del derecho internacional.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Análisis de fondo.



El estado reconoció de manera muy amplia su responsabilidad por lo que la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos no tenía sentido, el Estado había aceptado la plena competencia del Tribunal para conocer del presente caso. Además, el Tribunal consideró que el contenido de dicha excepción se encontraba íntimamente relacionado con el fondo del caso, por lo que la misma carecía de objeto y no era necesario analizarla.

Reparaciones

La Corte dispone que,

- La Sentencia de Fondo y Reparaciones constituye per se una forma de reparación.
- El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo.
- El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.
- El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.
- El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas.



- El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 305 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones.
- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 307 y 308 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones.
- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 323 y 331 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 335 a 339 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 334 de la misma.
- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones., rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo.
- Las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto.
- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Fondo y Reparaciones., en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

“Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida; por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida”.

Carta de la Tierra, El Camino Hacia Adelante.



CONCLUSIONES

Del análisis realizado en la presente investigación podemos concluir que

* A partir de la Constitución del 2008 la aplicación de instrumentos internacionales cobra mucha mas importancia, aunque la Convención Americana sobre derechos humanos por si sola representa un instrumento vinculante desde el momento en que el Ecuador la ratificó, se discutía si la aplicación de dichos instrumentos era infraconstitucional pero con la aparición del nuevo bloque de constitucionalidad se ha reconocido el mismo nivel jerárquico que nuestra Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos, e inclusive se los ubica sobre la carta magna cuando los derechos contenido en ella sean mas favorables de acuerdo al principio pro homine.

* El Estado ecuatoriano ha recogido de manera constante derechos humanos dentro de sus disposiciones legales cumpliendo así con el mandato del Art. 2 de la Convención Americana pero resulta discutible la efectividad de estas disposiciones.

* En el derecho internacional de los derechos humanos, los tratados son la principal fuente de obligaciones para los Estados.

- La Convención Americana permite tener parámetros internacionales para el cumplimiento de derechos humanos

* Los derechos de protección en el Ecuador son un pilar fundamental para la efectiva aplicación de derechos humanos en cualquier proceso judicial o administrativo que puede ser aplicado en cualquier ámbito, público o privado.

* El debido proceso en general es una garantía Constitucional y derecho fundamental, pero es en el campo penal en el que la materia es más sensible debido a que en éste se legitiman medidas de coerción personal que restringen determinadas libertades a los imputados. Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, especialmente, la Convención Americana tienen una especial importancia en este caso pues, consagran al debido proceso como un



derecho humano y, disponen una serie o sistemas de garantías en favor de la persona privada de libertad y los imputados que quizás no estén contenidas en la

Constituciones nacionales necesariamente están contempladas en la constituciones nacionales.

* De los casos analizados, podemos llegar a la conclusión de que si bien es cierto el Ecuador tiene un marco legislativo garantista y protector de derechos humanos, el cumplimiento sigue siendo insuficiente y el acceso a la justicia resulta ineficiente e ineficaz en muchos casos, vulnerando así derechos humanos primordiales.

* En general, el desarrollo doctrinario en derechos humanos ha sido pobre en el Ecuador. Aunque los derechos humanos o fundamentales han estado en casi todas las constituciones republicanas, su estudio siempre ha sido marginal, superficial, sin relación con el contexto histórico actual.

* La jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirve como complemento a los ordenamientos jurídicos internos para resolver las dudas que se presenten sobre violaciones al debido proceso y el derecho a la defensa, concediendo las garantías necesarias para proteger los derechos humanos y fundamentales.

* Los mecanismos de supervisión de cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las sentencias representan uno de los retos fundamentales para el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), a fin de que los Estados cumplan y alcancen una debida implementación de tales estándares.

* El Estado debe procurar que toda acción propuesta con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos sea la adecuada y efectiva cumpliendo así con el mas alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos que garantizan la Constitución.



RECOMENDACIONES

Con la finalidad de tutelar los derechos de todas las personas y velar por las garantías reconocidas en la Constitución considero necesario:

- Que en el Ecuador se debe poner especial énfasis en dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales, dentro del marco de la realidad actual, nos encontramos con varios cuestionamientos sobre el cumplimiento de los derechos humanos en el Ecuador.
- Si bien es cierto la normativa legal formalmente pone un límite al poder del estado, le corresponde a este tomar medidas inmediatas y eficaces para poner fin a los abusos que pudiesen producirse sobretodo en los estados de excepción por parte de la autoridad pública; vigilar, investigar y de ser el caso enjuiciar y sancionar a los miembros de las fuerzas del orden que cometan actos de malos tratos así como reparar a las víctimas.
- crear políticas públicas que permitan fortalecer la educación en derechos humanos a la ciudadanía pero sobre todo a los miembros de las fuerzas del orden público a fin de que no incurran en conductas que puedan resultar en la violación de derechos el estado debe respetar los estándares internacionales que rigen el accionar de la fuerza pública en caso de protesta o sublevación social.
- el estado no debe utilizar el derecho penal para criminalizar la protesta social, debe actuar conforme prevé la ley y el debido proceso que el estado garantice a través de la ley y de las instituciones el ejercicio del derecho a defender los derechos humanos
- Fortalecer la institución de la Defensoría del Pueblo .
- Es necesario que se respete la independencia de los poderes del estado.
- Que el Ecuador respete la autodeterminación y derechos humanos de los pueblos indígenas.
- Fortalecer la figura de la acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.



BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- (s.f.).
- Acosta, A. (2012). *Buen Vivir: Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Aguilar, J. P. (2009). *Derechos de participación y derecho a participar*. Quito, Ecuador: Abyayala.
- Atienza, M. (1998). “*A propósito de la argumentación jurídica*”. Alicante, España: Univesidad de Alicante.
- Carbonell, M. (2011). *REFORMA CONSTITUCIONAL: LÍMITES Y CONTROLES*. (I. d. UNAM, Ed.) Mexico.
- CAVALLO, G. A. (2010). *SURGIMIENTO DE UN DERECHO AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA*. Mexico, Mexico.
- Cavallo, G. A. (2010). *Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina*. Obtenido de Scielo- Cuestiones Constitucionales: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100001
- COLINA, O. E. (s.f.). *Monografías.com*. Obtenido de Los derechos humanos en Colombia: <http://www.monografias.com/trabajos/derhumcol/derhumcol.shtml>
- Egas, J. Z. (s.f.). *La Constitucionalizacion del sistema juridico ecuatoriano sobre la base y por efecto de los derechos fundamentales*.
- Egas, J. Z. (s.f.). *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO SOBRE LA BASE Y POR EFECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Quito, Ecuador.
- fundamentales, P. e. (2016). *Programa estado de Derecho para latinoamerica*. Obtenido de Konrad-Adenauer-Stiftung: <http://www.kas.de/rspla/es/pages/8911/>
- Gamboa, J. C. (s.f.). *Pueblos Indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : Un desafío verde*. Costa Rica.
- Grijalva, A. (2009). *Principales Innovaciones en la Constitución del Ecuador 2008*. Quito, Ecuador: IRG.
- Humanos, C. A. (2016). *Wikipedia, la enciclopedia libre*. Obtenido de Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos
- humanos, S. I. (2016). *Wikipedia*. Obtenido de Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos
- Inga, A. G. (s.f.). *Tesis: El debido proceso en la Constitución del 2008*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- Internacional, G. L. (2010). *SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL*. Montevideo, Uruguay: Mastergraf srl.
- Landa, C. (2002). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Lima: Fondo editorial.
- Lazo, J. L. (2008). *¿Qué dice el Sumaj Kawsay?* Perú.
- Martinez, F. (2012). *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*. Bogotá.
- Mejía, J. A. (2008). *El Debido Proceso en el Derecho Ambiental*.
- Mendez, J. M. (2013). *Derechos de la Naturaleza: fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.



- Möller, E. F.-G. (2014). PARTE I - Deberes de los estados y derechos protegidos . En V. Autores, & C. S. Uribe (Ed.), *Convencion Americana de derechos humanos comentada* (pág. 46). Bolivia: Plural editores .
- Monterrey, R. J. (2014). *Convencion Americana sobre derechos humanos comentada*. (C. S. Uribe, Ed.) Bolivia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
- Morillo, V. P. (27 de Marzo de 2014). *Estado Social de Derecho y Estado Constitucional de Derechos* . Obtenido de DerechoEcuador.com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/03/13/estado-social-de-derecho-y-estado-constitucional-de-derechos>
- Orbe, R. T. (s.f.). *La acción de proteccion como garantía Constitucional de las Derechos Humanos*. INREDH.
- Pasara, L. (2008). *El uso de los instrumentos internacionales de DD.HH. en la administración de justicia*. (M. d. Humanos, Ed.)
- Peces-Barba, G. (1984). *Derechos Fundamentales* . Madrid.
- Ramirez, S. G. (2012). *El debido proceso; criterios de la jurisprudencia interamericana*. Mexico, México: Editorial Porrúa.
- Salvioli, D. F. (2016). La Protección de los derechos Humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades . *Revista de Relaciones Internacionales* , Nro 4.
- Santamaría, R. Á. (2008). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En R. Á. Santamaría, *Constitución del 2008 en el contexto Andino* (pág. 32). Quito, Ecuador.
- Santamaría, R. Á. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ramiro Ávila Santamaría.
- Santamaría, R. Á. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. (R. Á. Santamaría, Ed.) Quito, Ecuador.
- Santamaría, R. Á. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador.
- Sepúlveda, C. (1977). *Derecho Internacional*. Editorial Porrúa.
- ShankGraff, M. (15 de enero de 2015). *Los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*. Obtenido de <http://capitulo4constitucionecuadoriana.blogspot.com/>
- Simon, F. (2013). *Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?* Quito, Ecuador.
- TERÁN, D. F. (2012). “*DERECHO JURISPRUDENCIAL EN ECUADOR: EL CASO DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA EN PERSPECTIVA AL DERECHO COMPARADO* ”. Quito, Ecuador.
- Trindade, A. C. (1998). *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos* . San José, Costa Rica: Edit. Instituto Interamericano de derechos humanos .
- Urueña, R. (2014). Indicadores de derechos humanos: Contexto y desafíos en América Latina. En R. U. otros, *Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Barcelona, España: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Urueña, R. (2014). INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS: CONTEXTO Y DESAFÍOS EN AMÉRICA LATINA. En R. Urueña, *Derechos Humanos y Políticas Públicas* (pág. 82). Barcelona, España: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.



- Velasco, M. D. (1997). *"Las Organizaciones Internacionales"*. Madrid, España: Edit. Técno.
- Watch, H. R. (2016). *"Crisis humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos"*. New York.
- Wikipedia: *La enciclopedia libre*. (s.f.). Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_jur%C3%ADdica