

MEMORIAS

CONGRESO
INTERNACIONAL
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
Y PLURALISMO JURÍDICO

Otavalo
2021



MEMORIAS

**III CONGRESO INTERNACIONAL DE
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y
PLURALISMO JURÍDICO**

© Universidad de Otavalo
Carrera de Derecho

MEMORIAS
III CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y
PLURALISMO JURÍDICO

Msc. Andrea Subía C.
Compilador

Primera edición 2021
ISBN: 978-9942-772-30-5
© Universidad de Otavalo

Comité científico

Msc. Danny Cifuentes
PhD. Frank Mila
Msc. Elizabeth Maldonado
Msc. Andrea Subía
Msc. Pablo Mendoza

Director de Investigación - Universidad de Otavalo
Msc. Jorge Mantilla Salgado
investigación@uotavalo.edu.ec

© Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada ni transmitida por sistemas de recuperación de información de ninguna forma ni por medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito del editor.



ÍNDICE DE CONTENIDO

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PhD. Agustín Grijalva	6
• DERECHOS DIFERENCIADOS COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS DE JUSTICIA SOCIAL EN CONTEXTOS INTERCULTURALES PhD. Arístides Obando	14
• LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL PhD. Frank Mila	24
• PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008 Msc. Pablo Mendoza	34
• EL ACCESO A INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DESDE LA PLURALIDAD PhD. Ana Julia Romero	43
• EL DERECHO A LA LIBERTAD FRENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA Msc. David Jacho	53
• LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DENTRO DEL ESTADO • CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: UN ANÁLISIS DESDE LA SENTENCIA N.º 11 - 18 - CN/19 Msc. Claudia Sánchez	66
• EL INFLUJO DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL. PhD. Ricardo Tapia	74
• HABEAS CORPUS EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO PhD. Andrés Cervantes	84
• MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA • Y ORDINARIA Msc. Carlos Chagcha	94
• LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS DEL SIGLO XIX A PARTIR DE UN ESTUDIO DE JUICIOS • DEL CANTÓN OTAVALO. Msc. Andrea Subía	101

- ANÁLISIS SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR 113
Msc. Elizabeth Maldonado

- PLURALISMO EN LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA EN ECUADOR 120
Msc. Danny Cifuentes

- MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES
Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 129
Msc. Karla Yáñez
Msc. Iliana López

- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL NIVEL BÁSICO A PARTIR DE LA EMERGENCIA
SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19 136
Msc. Santiago Guevara

- ROL DEL JUEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 147
Msc. Franklin Ponce

- LA HISTORIA Y DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA. 161
Msc. Miguel Tuco

- PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO 171
Msc. Iván Franco

- JUSTICIA INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA 179
PhD. Raquel Irigoyen

- LA JURISDICCIÓN INDÍGENA PENAL EN COLOMBIA 189
Msc. Alexandra Ruiz

- DERECHO DE LAS PERSONAS AL MEDIO AMBIENTE SANO 196
PhD. Gonzalo Ramírez

- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ECUADOR. 203
Msc. Juan Carlos Paz

- REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, COLONIALIDAD
Y ORDEN SOCIAL DOMINANTE. 210
Msc. José Fonseca,
Msc Herwin Corzo
Msc. Henry Forero

- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ESFERA DE LO INDECIDIBLE:
UNA MIRADA DESDE LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN 2008
Msc. Erlin Estrada 221
- PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR, PROBLEMÁTICAS DEL SIGLO XXI
Msc. Aquiles Hervas 229

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

PhD. Agustín Grijalva¹

¹ Juez de la Corte Constitucional. PhD en Ciencia Política por The University of Pittsburgh, EUA. Máster en Ciencia Política de la University of Kansas, EUA. Licenciado, abogado y doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Certificado de Estudios Avanzados en Latinoamérica, The University of Pittsburgh; estudios en la facultad de Ciencias Humanas, PUCE. Se ha desempeñado como Miembro Académico del Consejo de Educación Superior, CES, elegido por concurso de méritos y oposición. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, UASB, equivalente a PhD, en Teoría de los Derechos Constitucionales y de Interpretación Constitucional. Coordinador de la Especialización de Derecho Constitucional y de la Maestría Internacional de Derecho de la UASB. Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Ha dictado cursos en las universidades Espíritu Santo, del Azuay, Nacional de Loja y Universidad de Caldas, Colombia. Consultor de ProJusticia; consultor de la Tribuna de Defensa del Consumidor y CARE International. Asesoría Constitucional al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente; asesoría jurídica al presidente de la Corte Constitucional. Otras asesorías y consultorías en temas constitucionales, de derechos, etc. Sus principales publicaciones se refieren a Constitucionalismo, Derechos Humanos, Plurinacionalidad, Democracia, entre otros. Tiene varios artículos en ediciones nacionales e internacionales.

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Lo que se realizará en la siguiente exposición es evidenciar algunas de las últimas de las más recientes decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual en la actualidad integro como juez.

Respecto a pluralismo jurídico es importante que estas decisiones, estas sentencias, sean conocidas para que los jueces y los fiscales, los defensores públicos, los abogados, los profesores de derecho, los investigadores, los estudiantes y todos quienes de los ciudadanos en general y conozcan el esfuerzo que actualmente está haciendo la Corte para, desarrollar una jurisprudencia. En esta línea que indicábamos, en la línea del reconocimiento de los diversos sistemas normativos que, tanto desde el punto de vista de la Constitución como de la realidad social y cultural del país, tienen vigencia en el Ecuador.

Entonces esto es básicamente lo que voy a presentar esta noche son algunos comentarios, algunas puntualizaciones de énfasis que me parece que sobre todo provocaran, espero y aspiro una reflexión y una provocación. Como digo, para el trabajo tan interesante, tan valioso que se hace en la Universidad de Otavalo por parte de su comisión académica.

La Corte tiene algunas sentencias recientes relativas al pluralismo jurídico, ahí están señaladas algunas para que justamente puedan tomar nota y las puedan encontrar en el sistema en la página de internet de la Corte y se pueden localizar y se pueden bajar los textos completos.

Y una de las temáticas que abordan estas sentencias y dictámenes se refieren a ciertas propuestas que han llegado a la Corte de reformar la Constitución o reformar las leyes de manera que se formen una suerte de Cortes indígenas e incluso una corte nacional indígena se decía con su propio presupuesto y, por tanto, con personal permanente, etcétera. Sobre esto, en estos dictámenes que se indican allí el 5:19 RCE. Respecto a estos a esta propuesta y la Corte ha analizado y aquí es interesante porque esto nos ayuda a aclarar lo que es el estructuralismo y ha dicho que no se trata en el pluralismo jurídico e igualitario de crear cortes o tribunales iguales a los que tiene el Estado. Esto no es lo que reconoce la Constitución, porque los

sistemas de justicia indígena se basan en las costumbres, en la cultura y en la organización social propia de las comunidades y de los pueblos indígenas, no en la que desde el Estado o desde la Constitución se les quiera dar.

Entonces hay muchas formas de organización distinta que justamente es lo que la Constitución protege, esa riqueza, esa diversidad, esa heterogeneidad de sistemas de justicia indígena. Porque se trata, en realidad son varios y son muy diversos entre ellos. No, no es lo mismo los sistemas de justicia indígena e incluso comparando entre los sistemas de justicia indígena de los pueblos, las nacionalidades de los Andes ecuatorianos, como por ejemplo lo que podemos encontrar en la Amazonía y esa diferencia es lo que protege la Constitución. Entonces esta es una primera idea importante.

Primer tema aquí es el de las reformas constitucionales, con el objeto de que los sistemas normativos indígenas tengan un funcionamiento y estructuras similares a los que existe en la justicia ordinaria. Esto es, la corte de los dictámenes que les indicaba rechazar, sería prácticamente una suerte de integracionismo o asimilación por parte del Estado respecto a estos sistemas de justicia que tienen su propia organización, sus propias normas, visión del mundo, sus propias autoridades.

Bien, un segundo tema que se ha abordado por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional actual, tiene que ver con la consulta previa e informada, no en procesos en los que se decide sobre elementos que pueden afectar la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esta es otra temática. Sobre esto, ¿qué ha dicho la Corte? Es bien interesante porque ha sintetizando y anteriormente se planteaba que esta consulta previa a los pueblos indígenas debía ser solamente sobre proyectos de ley que se presenten en la Asamblea.

Si uno lee la Constitución en la parte relativa derechos colectivos se dice que los pueblos indígenas serán consultados sobre los procesos legislativos, no que pudieran afectarles. Lo que ha hecho la Corte es interpretar procesos legislativos para decir no, no solamente se refiere a leyes, sino que pueden

ser otras normas, no pueden ser otras normas. Y entonces, y en particular hay una sentencia de la jueza Zalazar.

El término que la Constitución usa de proceso legislativo, pues no debe referirse no es exclusivamente a leyes y otras normas. Vamos a pensar el caso de las ordenanzas, por ejemplo, de hecho, hay un caso en el cual una comunidad indígena, un por una nacionalidad indígena, tiene territorio en distintos cantones de una misma provincia. Y entonces el momento que se dicta una ordenanza no delimitando el territorio. Esto les afecta. Entonces la Corte ha dicho no esas normas que les afectan, aunque no sean leyes. También tienen que ser consultadas, deben ser consultadas. Ha desarrollado esta interpretación amplia un cierto de la idea de Norma yendo más allá de leyes.

Este es otro cambio interesante que les invito a profundizar al estudiar. Luego, tenemos una tercera idea, en cuanto al fortalecimiento de la declinación de competencia en el caso de la justicia ordinaria como mecanismo para asegurar que los pueblos indígenas puedan ejercer sus formas de administración de justicia, siempre que éstas respeten los derechos constitucionales.

Entonces, ¿a qué nos referimos aquí? Muchos deben conocer el actual Código Orgánico de la Función Judicial, que establece que cuando las autoridades indígenas se acercan donde un juez ordinario, cierto, un juez de la justicia ordinaria, de la justicia estatal y le dice mire señor, en nuestra comunidad tuvimos este conflicto, tuvimos este problema de tierras y allí resolvimos el conflicto. Nuestras autoridades indígenas resolvieron el conflicto y bueno, esto fue aceptado por la comunidad, por ellos, son nuestras autoridades legítimas. Y entonces hay lo que se llama el pedido de declinación de competencia. Lo que ese momento las autoridades indígenas están haciendo es diciéndole a ese juez ordinario mire, y por tanto usted que se le ha venido a presentar esta demanda, ante quien hay otros interesados que le pidan a usted que juzgue esto, por favor, aunque no debería ser por favor, porque es un mandato de la Constitución, no lo haga.

Decline su competencia, porque ya la competencia la estamos ejerciendo las autoridades indígenas. Eso es lo que el código de la función judicial llama declinación de competencia. Pues bien, ¿cuál es el cambio que ha introducido recientemente hace unos meses la Corte Constitucional? Es la de que los jueces se les plantea a los jueces como parámetros para esa decisión. Que se limiten a constatar que efectivamente las autoridades indígenas, siguiendo sus propios procedimientos han juzgado, han resuelto el conflicto y no entre a consideraciones de orden sustantivo realmente.

Porque si es que lo hicieran, pues estarían invadiendo, estarían negando la competencia que la Constitución da a las autoridades indígenas para juzgar en sus conflictos, por supuesto, bajo el entendido de que lo están haciendo bajo el respeto a los derechos constitucionales y a los derechos humanos entendidos intercultural mente. Entonces, y esta sentencia, que se denomina Cokiuve, se fortalece de esta manera la competencia propia de las autoridades e indígenas. Porque fijense en el caso de Cokiuve. Efectivamente es el mismo ejemplo que les ponía a un señor que era parte de la comunidad y lo expulsan de la comunidad porque realmente cometió una serie de abusos, incluso cuando le nombraron autoridad, etcétera. Él ocupaba un terreno que era que una vez en una inmueble que era propiedad de la comunidad y la comunidad, las autoridades deciden expulsarlo de la comunidad.

Entonces él va y reclama ante los jueces estatales y estos jueces estatales comienzan en el primer nivel como luego en apelación y llega el asunto de la Corte Nacional y comienzan a juzgar el asunto como un problema de tierras, como un problema de posesión, ignorando totalmente el derecho indígena a las autoridades indígenas. El hecho de que eso ya fue resuelto y de que la Constitución les da jurisdicción a las autoridades indígenas, es decir, ignorando, invisibilizando a la justicia indígena.

La Corte Constitucional, analizando este caso, pues llega a plantear que y esto no, esto es violatorio de la Constitución, tiene que respetarse esas decisiones aceptando la declinación de competencia y en caso de que sea solicitado.

Luego tenemos otra sentencia interesante. Esta es de ponencia del juez Ramiro Ávila y es interesante este caso, fíjense, porque he aquí lo que sucedió es que, en una comunidad indígena del sur del país, pues dicta a la comunidad su estatuto o en su estatuto incluyen un artículo que son miembros de ese pueblo indígena todos los que hayan nacido en su territorio. ¿Pero qué sucedía? Que algunos mestizos se sintieron violados en sus derechos, porque a ellos no se identifican como indígenas, y sin embargo viven en esta comunidad.

En realidad, una comunidad intercultural heterogénea como hay muchas en la sierra ecuatoriana y entonces decían que a ese estatuto hay que declararlo inconstitucional porque nosotros no nos sentimos indígenas y aquí está diciendo que todos los que hemos nacido en esta área somos indígenas. Entonces en esta sentencia la Corte analiza y dice no porque aquí la comunidad del pueblo indígena está ejerciendo lo que es parte de su autonomía, la posibilidad de dictar sus propias normas.

En principio, todos aquellos que se identificaban con la cultura, con la organización social, pues obviamente y son parte efectivamente de este pueblo indígena. Y este artículo no deja de ser entendido de una manera impositiva excluyente, porque el Ecuador es un estado intercultural. De manera que, si allí hay personas que no se sientan identificadas, que de hecho culturalmente y en su identidad no se adscriben, lo cierto esta comunidad, pues deben convivir en términos de vínculo de interculturalidad respetuosa con esta comunidad indígena.

Entonces la Corte allí reafirma la competencia, la capacidad que tienen las comunidades y los pueblos indígenas de dictar sus propias normas en lugar de atender positivamente el requerimiento que se había hecho de declarar inconstitucional. Imagínese, imagínese a este estatuto, lo cual hubiera implicado negar estas competencias, digamos, de dictar esas normas por parte de estas comunidades, de estos pueblos y nacionalidad. Estas son cuatro grandes temáticas.

Y los que la Corte Constitucional ha reafirmado distintos aspectos, diría yo. Y lo que es la plurinacionalidad y la interculturalidad, todo como son. En

primer lugar, la diversidad, la diferencia, la heterogeneidad, no distintos sistemas de justicia, distintas autoridades. Es esa riqueza y diversidad la que la Constitución protege, luego como hemos dicho, la del derecho a ser consultados y no solamente por leyes que les afecten, sino todo tipo de normas que les afectan. No en el caso del triángulo de Wendy. Efectivamente se trataba, fíjense, de un acuerdo ministerial, si mal no recuerdo, del ministerio de ambiente. Y en mi defensa, creo que era un acuerdo interministerial. Si mal no recuerdo y espero que no se había consultado, no sería consultado a las comunidades, a los pueblos indígenas. Y entonces allí se declaró la violación a ese derecho a la consulta, aunque no se trataba de una ley.

En tercer lugar, no esto que les decía la declinación de competencias para fortalecer la capacidad de juzgar, no las autoridades en las que ejercen jurisdicción en los pueblos y nacionalidades indígenas, no. Y finalmente, la capacidad de normar la capacidad de dictar. En este caso denominado casos del cisne, que refiere a la capacidad de dictar sus propias normas. Si esto es lo que me refiero. Entonces aquí es donde se habla del hecho de que no puede, no debe asimilarse a las justicias indígenas, a la justicia del Estado.

Como se dice aquí, la Corte en la parte donde se habla del razonamiento, no de la Corte Constitucional, contrario al pluralismo el reconocer un sistema centralizado, como se planteaba en la mencionada reforma constitucional, se planteaba la creación de una Corte Nacional indígena. Es decir, una réplica, una y reproducción del sistema centralizado y jerarquizado de la justicia estatal. Esto realmente sería una suerte de colonización jurídica por parte del Estado respecto a los sistemas de justicia indígena, de manera que allí la Corte fue rotunda en negar totalmente esta posibilidad y así defender la diversidad, la pluralidad. Aquí justamente destacamos la idea del pluralismo jurídico igualitario.

La sentencia de la jueza Salazar, la Corte dice todas las normas que les afecten deben ser consultadas, no sólo las leyes. En los términos que les indicaba no, y de manera que no sólo la Asamblea está obligada a la consulta, sino todo órgano normativo consejos de los GADS. Lo cierto y como les decía es el caso también de que los acuerdos ministeriales, normas

generales en general, abstracta, abstractas, generales, que puedan afectar a los pueblos indígenas. Pues me parece que es también una de cambio importante lo que fortalece el derecho a la consulta. Y sí, esta sentencia también tiene que ver con el de la consulta previa. También de la jueza Salazar se refiere a este problema de límites entre distintas comunidades de indígenas y en que he digamos, de la comuna chimichanga, en Loja, que está siendo afectada. Aquí ya se aplica el triángulo de Poldi, ya se aplica la noción de una consulta previa legislativa más allá de la ley. Entonces la propia corte está aplicando en este caso su jurisprudencia y diciendo no, aquí tienen que consultar porque, aunque no sea una ley, pero esas normas van a afectar a las comunidades. El caso Cokiue, del cual soy ponente la sentencia, es lo que les decía que los jueces

cuando ya han juzgado los jueces de indígenas, pues los jueces estatales respeten la jurisdicción de los jueces indígenas, donde se dice que ninguna autoridad judicial ordinaria está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena. Y ante una solicitud de declinación de competencias, las jueces y juezas ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena. En ningún caso los jueces ordinarios examinarán el sentido, la parte sustantiva de la decisión, porque entonces ya no habría respeto a esa competencia.

Respecto a la competencia para que los pueblos y nacionalidades dicten sus propios estatutos, sus propias normas en general, y esto desde ponencia del juez Dávila. Efectivamente se desarrolla en esta sentencia en el caso del pueblo Paltas en la comunidad de El Cisne. Es el caso de estas personas mestizas que reclamaban que se declare inconstitucional en el estatuto que había dictado la comunidad.

Estas son las principales sentencias. Así que les pedimos que sigan en la página de la corte. En el boletín tenemos un boletín que circula digitalmente con la jurisprudencia, los últimos casos y allí en los próximos meses, esperamos publicar nuevas sentencias que sigan desarrollando el pluralismo jurídico igualitario como la Constitución lo plantea y siempre con la mira de fortalecer el Estado intercultural y plurinacional consagrado en la Constitución ecuatoriana.

DERECHOS DIFERENCIADOS COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS DE JUSTICIA SOCIAL EN CONTEXTOS INTERCULTURALES

PhD. Arístides Obando Cabezas¹

¹ Licenciado y magister en filosofía. Abogado. Doctor en Filosofía contemporánea. Doctor en derecho. Presidente de la Asociación Iberoamericana de filosofía práctica. Vicepresidente de la Organización Mundial de Abogados para América del Sur. Profesor titular del departamento de derecho público de la Universidad del Cauca, Colombia

DERECHOS DIFERENCIADOS COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS DE JUSTICIA SOCIAL EN CONTEXTOS INTERCULTURALES

A continuación, se presenta una idea básica en consideración a la praxis de derechos con enfoque diferencial como una alternativa para atender de manera adecuada los diversos problemas o las diversas demandas de justicia social que se presentan en el marco de nuestras sociedades, en función del reconocimiento que constitucionalmente hacemos de las diversidades, especialmente de la diversidad étnica y cultural.

En ese sentido, cabe señalar unas ideas básicas con las cuales podemos entender cómo es que, a partir de la praxis de unos derechos con enfoque diferencial, podemos responder adecuadamente a esas demandas de justicia, de justicia social. Lo primero que habría que señalar es un intento de rastrear esa configuración del Estado nación.

Ese proyecto de configuración del Estado nación en el cual se presentan precisamente. Diversos tipos de injusticias o injusticias sociales. Lo segundo tiene que ver con el hecho de que debemos señalar que una salida, un avance en relación con el proyecto de configuración del Estado nación.

Implica el reconocimiento precisamente de esa diversidad étnica y cultural en la cual emergen una serie de demandas que tienen que ser necesariamente atendidas y que probablemente la estructura del Estado nación no permite responder de forma adecuada. Derivado de esto tendremos un tercer elemento, y es que avanzar en la idea de la praxis de unos derechos con enfoque diferencial nos exige establecer claramente los límites conceptuales y pragmáticos entre lo que es el multiculturalismo, la interculturalidad y la trans culturalidad.

Entonces, esos tres elementos que hay que establecerlos con claridad para que sepamos cuál es ese escenario social en el cual nos encontramos y cómo de ahí derivaría, vamos a un escenario político ilegal para una praxis de derechos con enfoque diferencial. Y finalmente, que lo que quizá

debería ser lo primero que deberíamos mencionar es que debemos establecer el concepto del concepto mismo de derechos diferenciados.

Este concepto de derecho diferenciado yo lo propongo a partir de la idea de ciudadanía materialmente diferenciada. Entonces, con esos elementos en juego, podríamos mirar cómo la praxis de derechos diferenciados puede constituir una respuesta adecuada a las demandas de justicia social que se presentan en el marco de nuestras dinámicas inter y transculturales. Veamos entonces

El principio cómo se configura esto. Los países de América Latina, a diferencia de los de los países de Europa. Han intentado desde hace doscientos años valorar un proyecto constitutivo de nación a través del Estado.

Probablemente en otros, en otros leccionario sociales, políticos y culturales, son las naciones las que se organizan como estado. En el caso nuestro, pretendemos la configuración de una nación a través del Estado. Esta nación implica la existencia de una identidad, una identidad en el orden de lo político, en el orden de lo religioso, en el orden de lo cultural. ¿Y el factor poblacional? ¿Qué tiene que ver con la configuración del Estado a través del cual se gesta la nación? Ya implica en su construcción una pretensión de homogenización cultural y ahí surge el primer problema. Históricamente, en nuestros países el pretender la construcción de una nación a través del Estado, es decir, a través de las normas, a través de las políticas públicas de determinados sectores poblacionales y sus lógicas culturales.

En Colombia, por ejemplo, asumimos sólo a partir de 1991, cuando se consagra en el capítulo séptimo constitucional la diversidad étnica y cultural, y consagramos la idea de que esa diversidad étnica y cultural del país es parte integral de la nación.

Pero por fuera de ese contexto, uno podría leer. Que hay la pretensión de instaurar una identidad, que hay la pretensión de instaurar una cosmovisión a la cual deben asumirse, de asimilarse todos los estamentos poblacionales, pues ese proyecto de Estado nación es a

todas luces subproyecto que desconoce definitivamente la existencia de esas prácticas culturales identitarias distintas que probablemente no marchan en la misma dirección. De aquellas prácticas que hacen parte del colectivo societal mayoritario, que muchas veces así se define en nuestros países.

Entonces, en lo primero que hay que señalar es que en el marco de ese proyecto de Estado nación, con su pretendida homogeneidad en el orden cultural. Lo cual alimenta el modelo, los modelos de economía, los modelos de política, la estructuración de las instituciones básica de la sociedad en esa pretensión. Por ejemplo, para el caso nuestro, yo hablo desde Colombia, pareciera que no estuviese incorporado, no estuviese integrado, no hiciese parte integral de la dinámica societal, por ejemplo, las cosmovisiones, las prácticas de los pueblos indígenas o de los pueblos afrodescendientes. Simplemente para señalar un elemento referencial. Al finalizar la década de los 70's 70 80, uno puede advertir que, en el ámbito de la filosofía política, en la filosofía del derecho se generan algunas unas discusiones que ponen en cuestión precisamente ese tipo de modelo, este proyecto del Estado nación y llama la atención sobre la necesidad de reconocer que en el seno de nuestras sociedades cohabitan.

Distintos sectores poblacionales, con distintas cosmovisiones, con distintas formas de ver y relacionarse con el mundo. Llama la atención el hecho de que tenemos que considerar que en esa dinámica de coexistencia de distintas manifestaciones culturales. No hay unos criterios que nos permitan decir. Que unas cosmovisiones son superiores y que otras son inferiores. Entonces, todo este debate que se presenta, por lo menos en el ámbito, en el ámbito teórico, va a llevarse al terreno pragmático de nuestras organizaciones en el ámbito del derecho y especialmente en la configuración del nuevo constitucionalismo. Es lo que va a abrir la puerta, lo que va a permitir, que sin abandonar del todo el proyecto de configuración del Estado nación, empecemos a reconocer que en el seno de nuestras sociedades cohabitan distintos sectores poblacionales que tienen distintas cosmovisiones.

Insisto en el artículo en la Constitución Política colombiana en 1991, lo vamos a encontrar consagrado en el artículo séptimo. Reconoce la diversidad étnica y cultural y que, además de reconocerla, establece como un mandato que se debe proteger y promover esa diversidad étnica y cultural, porque hace parte integral del proyecto de nación que todo es en un primer momento, tenemos que señalar, en el marco de la Constitución de ese Estado nación, que en los en las últimas tres décadas, cuatro décadas, nuestros países pasaron de una estructura culturalmente homogénea a una estructura de heterogeneidad cultural, y eso trae consigo unas demandas que se van a expresar en términos de la reclamación, de una justicia material, más que de una justicia formal.

Es el elemento que trae el hecho de reconocer la diversidad étnica y cultural. Resulta complejo en el ámbito del Derecho, en el ámbito de la política. Porque hacemos el tránsito ya no es suficiente.

La justicia formalmente concebida, sino que se reclama, es una justicia material, es decir, una justicia social, se le reclama al ordenamiento jurídico, se le reclama al ordenamiento político. Unos elementos ciertos de materialización de unas condiciones que permitan el vivir para cada uno de los sectores poblacionales, conforme a sus propias cosmovisiones. Algunos llaman a esto sus cosmovisiones ancestrales, nosotros simplemente decimos vivir conforme lo que históricamente se ha concebido que es el buen vivir.

Eso ya genera un problema, era un problema porque se van a presentar choques especialmente dentro del jurisdicción, era lo que comentaba el ponente anterior. Que eventualmente no estaban presentes en un modelo, un modelo anterior, en un modelo previo, un modelo estrictamente positivista, un modelo culturalmente homogéneo. Pues aquí arriban ya una serie de problemas de justicia social se generan una exigencia de condiciones materiales para agenciar el buen vivir de cada uno de los pueblos que cohabitan en el seno de nuestras sociedades.

En términos de esos problemas de la justicia social vamos a encontrar que históricamente. podemos visualizar sectores poblacionales que han sido

marginados, que han sido excluidos, que han sido discriminados, y que probablemente en virtud de haber padecido esas situaciones de discriminación, de marginación, de exclusión. Hoy no encuentran o no están en una situación adecuada para el ejercicio de lo que ellos mismo conciben como la vida buena. Sí, nosotros podríamos afirmar que, como resultado de esos procesos históricos de marginación, de exclusión, de discriminación; hoy hay poblaciones que se encuentran en situación de desventaja frente al resto de la sociedad, en la posibilidad de acceder a las condiciones materiales que permitan el desarrollo adecuado de sus planes de vida o cosmovisiones.

Y lo que sorprende es que entre esas poblaciones que se encuentran en esas situaciones de desventaja, desventajas que están dadas en función de la existencia de necesidades básicas no satisfechas, poblaciones que en su territorio carecen de agua potable que en su territorio carecen del suministro de energía eléctrica, que ahora que estamos en esta fase de intercomunicación, pues no tienen acceso a la navegación por Internet.

Poblaciones que las estadísticas nos indican que son las más afectadas a la hora de mirar los registros de atención en salud o los registros de atención de acceso a los sistemas de educación desde la básica primaria hasta la hasta el nivel de educación de educación superior.

Lo que resulta curioso es que esas poblaciones que se encuentran en esa situación generalmente son poblaciones con una marcada caracterización étnica, dígame poblaciones negras o afrodescendientes, poblaciones indígenas que carecen de los elementos necesarios para atender esas necesidades básicas, pero que generalmente están situadas en territorios, en zonas, en tierras muy ricas en nivel de vegetación, de fauna y flora. Pero ese sería otro tema para analizar después.

El caso es que la circunstancia en la que se encuentran estos pueblos en desventaja desatención, genera una serie de reclamaciones. Para la sociedad que se tienen que tramitar a través del Estado y en cabeza de los gobiernos se elaboran leyes, se elaboran políticas públicas, es cierto, pero yo quiero referirme fundamentalmente a tres cosas a través de las

cuales se pretende atender estas demandas de justicia social, de estos sectores poblacionales que configuran efectivamente, la emergencia, por un lado, y la praxis por otro, de los derechos con enfoque diferencial. En primer lugar, como lo mencionaba el ponente anterior, la praxis del derecho a la consulta previa y al consentimiento libre e informado, la existencia y la praxis de ese derecho configura efectivamente un derecho con enfoque diferencial que reconoce la condición étnica de una determinada población y su capacidad de acción en el territorio donde se encuentra.

Y desde ahí se responde efectivamente a unas demandas de autonomía, a unas demandas de soberanía de estas poblaciones en el marco de sus prácticas territoriales, un segundo elemento que nosotros podemos encontrar en esa misma dirección. Tiene que ver con la existencia, con la configuración de esas jurisdicciones que aquí en Colombia llamamos especiales y yo he insistido en que no deberíamos llamarles especiales, sino la jurisdicción con enfoque étnico, que en el caso nuestro la tenemos configurada para las comunidades indígenas, no hemos dado todavía el paso significativo de configurar la jurisdicción de comunidades negras.

Pero allí, en la existencia de esa jurisdicción de comunidades, de comunidades indígenas, hay también una expresión de la praxis de un derecho con enfoque diferencial que permite atender las demandas de justicia, de justicia social, claro, para nadie es desconocido que en estos 20 años, en estos últimos treinta y últimos treinta años, no solamente en Ecuador, sino también en Colombia, en Bolivia, la existencia de una jurisdicción que consagra un derecho particular, que reconoce un derecho ancestral para las comunidades indígenas, ha generado choque con la jurisdicción ordinarios.

Más allá de esos choques, más allá de esas controversias, lo que podemos es reconocer que en la existencia de esa jurisdicción de comunidades étnicas, en el caso en este caso comunidades indígenas, configura la existencia efectiva de un derecho con enfoque diferencial que permite que constituya una respuesta adecuada a las demandas de justicia social. Por qué una respuesta adecuada, porque es que los pueblos tienen el

derecho a la administración de justicia con base en sus usos, sus costumbres, sus tradiciones, sus cosmovisiones, su ancestralidad.

No perdamos de vista que el derecho puede perfectamente ser concebido, más allá de la estructura normativa de la concepción positiva, positivista, el derecho puede y debe ser concebido como un lenguaje a través del cual los pueblos expresan con carácter normativo sus cosmovisiones. Y estas cosmovisiones generalmente tienen de trasfondo una idea de justicia tensas la existencia de esas jurisdicciones indígenas constituyen una praxis del derecho con enfoque, con enfoque diferencial, que responde a las demandas de justicia, de justicia social de estos pueblos. Un tercer elemento lo encontramos en la educación.

La ley de Educación constituye un referente fundamental de la de la praxis de un derecho con enfoque diferencial. ¿Por qué? Porque es reconocer que cada uno de los pueblos de estos pueblos se cívicamente definidos, tienen el derecho a la formación, a la continuación de su historia a través de una educación, de la cual, pueda decirse, les es propia. Ahora la educación marca un elemento importantísimo en la medida en que permite que los programas de educación estén atemperado a la realidad contextual y a la realidad histórica de cada uno de los pueblos y no está diseñada a partir de los grandes centros urbanos, respondiendo al modelo o al proyecto de Estado de Estado nación. Entonces ahí hay un elemento de praxis de un derecho con enfoque diferencial que, así como en el caso de la consulta previa, así como el caso, la asistencia a los jurisdicciones especial o a la jurisdicción indígena, a las jurisdicciones étnicas, responde adecuadamente a la exigencia de esas demandas de justicia social, y lo mismo podríamos también decir en el caso de los sistemas de salud en Colombia, por ejemplo, en las comunidades indígenas, han logrado a través de la normatividad, configurar su propio sistema de salud con base en los dictámenes de sus propias autoridades y sus prácticas ancestrales, sus prácticas tradicionales.

Quiero cerrar esto simplemente señalando una cosa. Y es que la emergencia y la praxis de los derechos con enfoque diferencial, tal como los he mencionado son una conquista de estos pueblos a través de luchas

históricas, a través de reivindicaciones, que bajo ninguna circunstancia deben concebirse fundados en un esencialismo étnico.

Si en esto lo he repetido en muchas oportunidades porque aparece el caso oportuno dejarlo claro el referente fundacional de los derechos con enfoque diferencial no es ningún tipo de esencialismo, en este caso al que me refiero esencialismo de orden étnico o de orden cultural, ni de orden, ni de género, ni orientación sexual; el referente fundacional, tanto la emergencia como la praxis de esos derechos con enfoque diferencial tenemos que situarlo.

¿En el reconocimiento obligado que han hecho nuestras sociedades acerca de la diferencia, acerca de la diversidad y por sobre todas las cosas, el reconocimiento? De que hay unas personas que, en virtud de determinados factores, como en este caso, podría ser la etnia han sido injustificadamente en su historia, marginados, excluidos. Y por esa razón hoy se encuentran en situación de desventaja social en relación con el acceso a los bienes primarios, que garantizaría un adecuado de su desarrollo, un adecuado desarrollo. De sus planes de vida, de sus cosmovisiones, de su mejor estar en el territorio donde se encuentra.

Entonces la emergencia y la praxis de los derechos diferenciados constituyen una respuesta adecuada a las demandas de justicia social en el marco del pluriculturalismo, en el marco de la interculturalidad, en el marco de la trans cultura inculta, realidad que es hacia donde debemos caminar en la configuración social de donde vivimos, más allá del multiculturalismo, más allá el interculturalismo, debemos configurar una sociedad trans cultural, decir una sociedad en la que las diversas manifestaciones culturales efectivamente se toquen, se involucren, se integren.

Pues en ese escenario la praxis de derechos con enfoque diferencial constituye una alternativa, una respuesta efectiva a esas demandas, a las demandas de acceso social que surgen por el encuentro de sus sujetos tan diversos. Pero debemos dejar claro que el referente fundacional de esos derechos diferenciados no es ningún tipo de esencialismo, sino el

reconocimiento. que nuestras sociedades hacen de las injusticias sociales que determinados sectores han padecido en virtud de su etnia, por ejemplo, este caso de sus lógicas culturales o del género o de la orientación sexual.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

PhD. Frank Luis Mila Maldonado¹
Mayo 26, 2021

¹ Docente de pregrado y postgrado de la Universidad de Otavalo. Coordinador de posgrados de la Universidad de Otavalo. Coordinador del Programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo. Doctor (PhD) en Derecho. Doctor (PhD) en Educación. Postdoctorando en Derecho, Economía y Sociedad Plural en la Universidad Andina Simón Bolívar. Cursó estudios de postdoctorado en Gerencia Educativa. Abogado especialista en Derecho Penal y en Derecho Procesal. Seleccionado para participar en la III Escuela de Verano de Dogmática Penal de la Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Formado en el Programa Nacional para Fiscales del Ministerio Público. Autor de 14 libros de Derecho. Correo electrónico: fmila@uotavalo.edu.ec ORCID: 0000-0003-4363-5092

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Introducción

Vamos a conversar sobre un tema realmente actual, que ha sido producto de un largo tránsito que nos ha dejado la evolución del derecho constitucional que permite aducir que nos aproximamos a lo que es una constitucionalización del derecho penal, tal como ocurre en otras áreas del derecho. Es decir, existe una marcada tendencia que va de la mano con la idea en la cual cada vez es más frecuente que las constituciones arropen ciertos contenidos y que regulen de cierta manera los fundamentos o bases para todas las áreas que conforman el derecho.

Esto ocurre especialmente con el derecho administrativo, el derecho laboral o en materia de niños, de adolescentes, entre otras áreas. Y en éstas también se inscribe lo que es el derecho penal. Realmente se discute históricamente en relación al surgimiento de este fenómeno, porque tenemos presente que las Constituciones un poco más antiguas eran documentos que tenían un corte más político, es decir, Constituciones políticas, que realmente no entraron a regular en detalle algunos elementos que actualmente si lo hacen las Constituciones.

Desarrollo

En ese sentido, formalmente, en la década de los años 80 comienza en Francia un movimiento con algunos trabajos importantes de destacados autores en materia de derecho administrativo y en derecho constitucional, quienes comienzan a hablar de esa Constitucionalización del derecho, de manera formal. Más allá de las tendencias como el neo o nuevo constitucionalismo, que de igual manera no son aceptadas por todos los autores, es decir, tienen sus críticas, pero amén de eso, la realidad es que en la actualidad el fenómeno de la constitucionalización del derecho cada vez se abre mayor paso, para entrar a regular o invadir cierto terreno que es

propio de otras áreas que particularmente en algunos aspectos es positivo, sin embargo, no podemos ver con absoluta aceptación o romantizar esta realidad ya que hay aspectos que no son del todo correctos.

Igualmente, cuando se pretende abarcar tantos elementos, existen algunos yerros, incluso desde la óptica penal, que es un tema tan sensible, que a nivel dogmático existe desarrollo histórico especializado, por lo cual se generan ciertos choques, más allá que se trata de una Constitución que abarca dichos temas. Por otra parte, las Constituciones ciertamente son perfectibles, se trata de documentos que van evolucionando, deben ir al mismo ritmo al cual va la sociedad, siendo necesario que se marque en ese mismo camino la evolución de cualquier área del derecho.

Ahora bien, cuál es el elemento particular o el elemento que marca ese acercamiento a las ramas del derecho por parte de la Constitución, simplemente se parte de lo que es la supremacía constitucional. Aspecto que viene siendo uno de los cimientos del Estado de Derecho, el Estado constitucional de Derecho, y que se enmarca en entender que la Constitución va a erigirse como el instrumento que va a marcar un poco lo que es la directriz general de todo el ordenamiento jurídico, en ese sentido, al ser la máxima norma, va a implicar que las demás normas de rango inferior tenga que inscribirse en esa interpretación constitucional y de esto no escapa al derecho penal, porque expresamente incluso el Código Orgánico Integral Penal (2014) remite a la Constitución para interpretar sus normas, en ese sentido, qué debemos interpretar a nivel constitucional.

Por otra parte, cuáles son los elementos constitucionales que se incorporan en ese instrumento que sirven para aducir que el derecho penal se está constitucionalizando, básicamente se parte de una idea fundamental, la cual se basa en los principios. Actualmente, existe una gran cantidad de principios que se han ido incorporando en la Constitución, que poco a poco han ido ganando más espacio y no solamente en una dimensión sustantiva o de derecho material, sino también adjetiva o de derecho procesal en la cual simplemente esa normativa que está constitucionalizada es la relativa

a los principios, luego estos se van a desarrollar posteriormente en la normativa de menor jerarquía, que en este caso es un Código Orgánico, que el caso ecuatoriano es un instrumento de reciente data, ya sus 6 años de vida y ha tenido una que otra reforma, sigue siendo un instrumento reciente, lejos de la realidad anterior en la cual existía una dispersión legislativa, no solamente a nivel de tipos penales, sino también a nivel procedimental. Incluso se generó un Código que coqueteaba con la idea de implementar un sistema de corte acusatorio, pero no se logró materializar como lo ha hecho el código actual, que de igual manera es perfectible.

Ahora bien, partiendo de esa idea, en el entendido que existen esas esos aspectos que va a acoger la Constitución, que son los principios, adicionalmente, hay que tomar en cuenta que en materia penal subyace una teoría, que a pesar que actualmente se dice que está en crisis, sigue siendo la teoría de que es acogida por la mayoría de los países de Iberoamérica, sin embargo, algunos autores se van alejando de ella o generando críticas a la misma, la cual es la teoría del bien jurídico. Por ello, se dice que actualmente los bienes jurídicos encuentran tutela o cobijo en la Constitución, y realmente es así, la mayoría de esas figuras, están constitucionalizada. Basta revisar la gran cantidad de tipos penales que existen y están asociados a una categoría que es el bien jurídico, por ejemplo, el bien jurídico vida, honor, propiedad, integridad, libertad. En fin, una gran cantidad de elementos que hacen vida en materia penal y que se suelen asociar como delitos contra se agrupan bajo la categoría de bien jurídico y en parte, es porque la Constitución los tutela de cierta manera y a su vez tienen una réplica o una relación con los derechos fundamentales.

En ese sentido ya vemos dos elementos que van aproximándonos a la idea de que el derecho penal cada vez se acerca más a una constitucionalización, partiendo del tema de los principios que ya vamos a puntualizar algunos casos concretos y la idea del bien jurídico. Adicionalmente, para poder hablar un poco de este tema de la Constitucionalización es necesario abordar algunos autores. Por ejemplo, el autor Guastini, quien señala que para que se entienda que un ordenamiento jurídico o una determinada área

o rama del derecho está constitucionalizada, se deben reunir varios elementos, parte primero de lo que sería una constitución rígida lo cual implica que su modificación no es tan sencilla, tiene ciertos aspectos que la hacen inscribirse en esa categoría. Adicionalmente, cuenta con un bagaje de garantías, que permiten conservar o mantener lo que es la jurisdicción de la Constitución, como es el caso que conocemos en el país, en el cual existen una gran cantidad de garantías que han sido suficientemente desarrolladas a nivel dogmático y también a nivel jurisprudencial, y por último, vamos a encontrar un elemento común, que es la interpretación que se va a realizar de las normas con rango legal deben ir en inscripción o en sintonía con la Constitución, lo cual implica que la interpretación va a realizarse de manera constitucional, es decir, en consonancia con el sistema constitucional, una interpretación, si se quiere, sistemática.

Notamos que están dadas esas características, esos elementos y como se comentaba, en el caso del derecho penal, se enarbolan los principios medulares, básicos que hacen vida en esta rama, no solamente a nivel material, sino también adjetivo, y que están plenamente constitucionalizados o reconocidos en ese instrumento. Basta revisar, por ejemplo, los principios básicos a nivel sustantivo. Cuando analizamos la dimensión subjetiva del derecho penal, lo hacemos en función de entender cuáles son los límites que tiene ese derecho penal, hasta dónde puede llegar. Y justamente los principios sirven de dique o de contención a esa invasión que tiene el derecho penal en la esfera de los derechos individuales.

El derecho penal, por ser el instrumento más agresivo que tiene el Estado para ingresar a nuestra esfera de derechos individuales, se parte de la piedra angular que regula, la materia, el cual es la legalidad, la cual se regula con el principio expreso de legalidad. Sin embargo, si leemos como está planteado la Constitución no dice mucho, es por ello que la doctrina, la dogmática es quién lo va a desarrollar, para ello, basta revisar a algunos autores como Roxin, Santiago Mir, Francisco Muñoz Conde, entre otros, para encontrar que se establecen ciertas dimensiones de ese principio de

legalidad que van más allá de esa concepción que tenemos, en la cual si una persona realiza una conducta y ésta no está previamente establecida como delito, no hay pena alguna que aplicar, en ese sentido, esto va más allá, no solamente hay que entender que tiene que existir una ley previa, esa ley tiene que ser cierta, transitar su camino, un íter. Adicionalmente, ser orgánica, como lo han señalado algunos autores, por otra parte, se tiene que interpretar esta norma de la forma más literal, taxativa, cerrada, prohibiéndole la aplicación de analogía y de igual manera, la prohibición de aplicar costumbre para penalizar.

En todo caso, la constitución cada vez va abarcando más espacio, incluso, la interpretación tiene que ser conforme a la Constitución, que enarbola una idea de respetar lo que es la dignidad humana principios, garantías, entre otros elementos. Así encontramos que hay una regulación penal, principio de legalidad y un principio de culpabilidad, que es un derivado y está muy relacionado con la legalidad, y se entiende que cada persona va a responder según lo que hace, es decir, conforme al principio de culpabilidad se va a fundamentar la pena y medir la misma.

Por otra parte, vamos a encontrar el principio del acto que la Constitución reconoce al establecer la igualdad, y consagrar que no se van a considerar algunos elementos del pasado judicial de una persona, aspectos que tengan que ver con su nacionalidad, con sus preferencias sexuales, temas étnicos, entre otros, se observa que dicho principio pugna con la postura del derecho penal de autor, en la cual se persigue a un individuo simplemente por lo que es, por su personalidad y no por lo que hace.

Asimismo, se consagra un principio que está expresamente reconocido, que es el de mínima intervención y tanto se repite o invoca, sin embargo, vemos que se enarbola esa esa mínima intervención y es contradictoria con algunas disposiciones, es decir, por una parte te indico que el derecho penal tiene que ser mínimo y por otra te amplio catálogo de tipos o el espectro del derecho penal para abarcar temas, por ejemplo, como las contravenciones de tránsito, que en diversas ocasiones son de trascendencia minúscula,

como la relativa a tocar la bocina o claxon, estacionarte de manera indebida, entre otras. Realmente no hay un bien jurídico en esos casos que realmente se ve involucrado.

De igual manera, se abarca el principio de lesividad que está íntimamente relacionado con esa mínima intervención y guarda correspondencia con la teoría del bien jurídico. Por último, se consagran principios relativos a la pena, como el tema de la proporcionalidad, la dignidad humana en la aplicación de la pena, la prohibición de penas perpetuas o penas infamantes trascendentales, o que realmente sean penas de muerte. En todos estos casos están reconocidos constitucionalmente y son principios que hacen vida en materia de derecho penal material.

Ahora, si vemos la óptica procesal, de igual manera vamos a encontrar instituciones como la tutela judicial efectiva, que está reconocida prácticamente en todas las Constituciones de Iberoamérica, y en el caso ecuatoriano se encuentra consagrada constitucionalmente. En el mismo orden de ideas, se consagra el debido proceso, que va a regular una gran cantidad de elementos que se han ido construyendo a través del tiempo y cada vez se incorporan más aspectos y que está plenamente reconocido constitucionalmente. Adicionalmente, la Constitución ecuatoriana incorpora un catálogo de aspectos procesales que van en función de los procesos penales y hace referencia a ciertas garantías básicas que se tienen que observar en los procesos. Abarcando entre otras instituciones, la prisión preventiva, el tema de la flagrancia, aspectos de la extradición, temas relacionados con la justicia militar, indultos, decomiso, la especialidad de los jueces en algunas materias y también abarca algunos temas de imprescriptibilidad.

Hasta este punto, existen elementos albergados de manera correcta y precisamente es la línea del respeto constitucional, y la constitucionalización. En todo caso, los autores reconocen que el derecho penal es un sismógrafo de la Constitución. En este caso. Roxin, Hassemer, al señalar el derecho constitucional aplicado es realmente el derecho penal y

son contestes en decir que como funciona una prisión de un país funciona en realidad del mismo.

Entonces, en ese sentido estamos claros y compartimos la línea que el fundamento y norte es la Constitución, siendo esta la tendencia mundial, por lo menos en los sistemas, los países inscritos en sistemas de derecho escrito, de ello no hay ninguna discusión. Sin embargo, existen también aspectos críticos, tal como se indicó, no se puede romantizar por el hecho que esté plasmado en una constitución. Por ello, basta revisar en la Constitución, por ejemplo, que existen conminaciones del Constituyente a penalizar conductas. Al señalar expresamente el etnocidio, ciertamente se pueden asegurar o salvaguardar ciertos derechos relativos a dicho ámbito es lo ideal, pero el hecho de invitar a penalizar no es una misión realmente de la Constitución, siendo su misión, todo lo contrario, es decir, va a servir de anclaje para limitar ese ejercicio de lo que es el poder punitivo.

Del mismo modo, vamos a encontrar aspectos como la prohibición que los candidatos a cargos de elección popular que han sido condenados previamente por algunos delitos relacionados con la corrupción o contra la administración pública no puedan presentarse como candidatos, siendo este otro caso emblemático en el cual prácticamente se está aplicando una pena perpetua, a pesar que esta es accesoria, en el sentido que prácticamente se declara la muerte en el ámbito electoral de una persona a nivel de posibles candidaturas, por un delito previo que prácticamente se toma de manera perenne, lo cual evidencia una contradicción allí desde la misma normativa constitucional que infiere la prohibición de penas perpetuas.

De igual manera hay una regulación relacionada con los temas de los delitos contra la administración pública, como el cohecho, peculado, entre otros, en los cuales se admite un juicio en ausencia, figura que es controversial y duramente criticada. Sin embargo, se ha aplicado en algunos casos concretos por la realidad que existe en la evasión, por parte de las personas procesadas. No obstante, indica el propio texto constitucional que se

aplique dicha institución. En el mismo orden de ideas, en dichos delitos se invoca que se trascienda de las personas que tienen esa cualidad -sujeto activo cualificado en el caso de los servidores público- que se apliquen a los partícipes. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado porque la dogmática rechaza esto en virtud de las concepciones del *intraneus* y el *extraneus*, figuras que suficientemente están desarrolladas a nivel de doctrina y se aduce que de ninguna manera un sujeto que no tenga una condición específica de servidor pueda ser autor porque el tipo penal lo exige expresamente. Así entonces no hay posibilidad de subsumir dichas conductas lo cual anula el juicio de tipicidad en sentido objetivo, por ello, se rechaza esta postura constitucional de invitar a que se apliquen penas a la ligera, aspecto que puede soslayar los postulados de la dogmática la cual lleva más de dos siglos en construcción y desarrollo.

Lo anterior se traduce en que cuando se materializan las constituciones, se tiene que contar con ciertos elementos técnicos, sin ir muy lejos, otro aspecto está relacionado con la idea que en el proceso se hace alusión a que prácticamente se busca restablecer los derechos de la víctima, ciertamente esto se abarca a través de la institución de la reparación integral, y se reconoce legislativamente en el mismo Código Orgánico Integral Penal que la víctima juega un papel importante, pero a nivel dogmático, esto pasa a otro plano en virtud que, el Derecho penal más bien hace referencia, como se indicó anteriormente, a la teoría mayoritaria del bien jurídico, en todo caso, se extiende por los particulares titulares del bien jurídico. Lo que se busca es tutelar realmente un bien jurídico, su lesión o la puesta en peligro de los mismos.

En la misma idea, se hace alusión rehabilitación, la reinserción social, teorías que desde los años 80 están superadas y los autores reconocen expresamente que no puedes imponer a nadie lo que es una rehabilitación o una resocialización, porque realmente eso tiene que ser voluntario por una parte, y segundo, tiene relación con lo que son las teorías de la pena. Y hay ocasiones en las cuales ciertos delitos no admiten dichas figuras, como en los delitos imprudentes, entre otras, así como delitos catalogados como

muy violentos o en grandes cantidades lo cual hace muy difícil que se pueda hablar de esto. Dicho esto, de igual manera no se puede incorporar a la ligera a nivel constitucional y plasmar allí cualquier idea sin medir las dimensiones de lo que representa.

Ahora, hay críticas y también aspectos positivos, como los hemos señalado, el complemento viene dado por las Cortes o Tribunales Constitucionales que de cierta manera en muchas ocasiones intervienen para poner coto a ciertas situaciones o para limitar ese poder punitivo, siendo un caso emblemático recientemente el tema del aborto en casos de violación, u otro caso como el del supuesto específico de la receptación, en el cual se obligaba a que las personas tendrían que cargar las facturas en todo momento de todos los bienes que estaban en su posesión, algo ilógico en el entendido que esa carga la tiene el Estado y en ese caso la Corte logró intervenir lo cual genera un equilibrio con las tensiones legislativas.

Conclusiones

En términos generales, es evidente que se está en presencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal, y hacia allá va el resto de áreas del ordenamiento jurídico, como es el caso del derecho administrativo que está plenamente constitucionalizado y el derecho penal no escapa de eso. Es una realidad que en muchos aspectos están plasmados en la Constitución y en todo caso, es positivo que las constituciones mantengan cierto direccionamiento, principios, fundamentos, pero que no existan excesos que a la postre vayan a implicar traducirse los yerros indicados, ya que dogmáticamente están plenamente delimitados, no solamente a nivel sustantivo, sino procesal.

PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

MSc. Pablo Ricardo Mendoza Escalante¹
Docente Investigador de la Universidad de Otavalo
Mayo 27 de, 2021

¹ MSc Scientiae en Desarrollo Agrario en la Universidad de Los Andes Venezuela. Docente investigador de la Universidad de Otavalo y del Centro de Estudios Rurales ULA-Mérida, Coordinador de Vinculación y jefe del Proyecto Observatorio Jurídico Para la Prevención de Derechos Colectivos de la U.O.

PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

Introducción

Como primer aspecto, se identificarán y analizarán los Principios Ambientales, haciendo referencia a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008). El artículo 395 de la Constitución (2008), establece de manera expresa cuatro Principios rectores en materia ambiental, y el desarrollo que se hace de ellos en los instrumentos internacionales y en el Código Orgánico del Ambiente (CODA).

Sin embargo, la positivización de los Principios Ambientales en la Constitución de 2008 deriva en parte del compromiso asumido por el Estado ecuatoriano en las Conferencias internacionales de nutrir sus ordenamientos jurídicos con normas y principios ambientales. Resulta pertinente preguntarse ¿Qué influencia ejerce un principio constitucional ambiental en el ejercicio de los Derechos individuales y colectivos en la consecución de Justicias y equilibrios biocéntricos en la vida del Estado? Y es allí, cuando el origen y contenido de éste permite comprender las razones jurídicas, políticas, sociales, económicas, ecológicas y epistemológicas que encausaron al constituyente del año 2008, en incluirlo en el texto constitucional, como un pilar del Estado ecuatoriano.

Bajo la mirada de lo transversal del derecho ambiental, las normas jurídicas requieren ser analizadas, interpretadas y aplicadas de acuerdo con los principios, ambientales. Por lo que se sugiere bajo el principio de especialidad que los jueces, defensores públicos, fiscales, abogados en general comprendan los nuevos sistemas de interpretación ambiental como el evolutivo y el sistémico.

Desarrollo

En este contexto, nos preguntamos ¿Cuál es la importancia de Los Principios? De lo anterior, se puede aseverar que resultan ser valores sociales que marcan un criterio interpretativo ante posibles dudas en un

ordenamiento jurídico; Del mismo modo se les ve como un complemento necesario que llena vacíos normativos y mantiene la unidad del ordenamiento jurídico bajo premisas de Justicia. En este sentido, los Principios no pueden verse como valores individuales o secundarios.

Es importante asentar que los principios se constituyen en fuentes formales con autonomía, ya que se pueden aplicar independientemente de otra fuente, aunque en el Ecuador el hecho de constitucionalizarse les permite aplicación directa; es decir sin necesidad de que exista norma secundaria. Por esta consideración, los principios permiten regular casos, con fuerza de norma jurídica; presenta una función de fundamento para los fallos judiciales y revisten las normas constitucionales.

El Derecho Ambiental se originó con una declaración de principios en la ciudad de Estocolmo en 1972, traducidos en directrices de derecho internacional con carácter no vinculante para los Estados que progresivamente, han adquirido la condición objetiva de normas positivizadas que cautelan los intereses colectivos fundamentales de grupos sociales o de tercera generación, asumiendo una función muy particular dentro de las ciencias sociales.

Constitucionalizar los derechos y los principios ubica en parte, el origen del Estado de Derecho y de Justicias, en este sentido, siguiendo a Huerta (2013) quien señala que:

El reconocimiento de un derecho fundamental en los textos constitucionales origina consecuencias importantes desde el punto de vista jurídico, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y de aquellos bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto, pero con los que también debe ser armonizado (p.71).

Ante este nuevo paradigma, el Estado ecuatoriano debe orientar una verdadera ordenación territorial considerando la agroecología, la sociología del desarrollo rural, la participación ciudadana, las innovaciones

tecnológicas amigables con el ambiente, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, pero sobre todo las pautas de buen vivir.

La concepción de Desarrollo Sustentable aparece por primera vez en la Declaración de Estocolmo de 1972, específicamente en el Principio 2 donde se describe como un: “proceso por el cual se preservan los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras”. De acuerdo con la referida definición, el desarrollo sostenible es un concepto que incorpora las siguientes acepciones del concepto de sostenibilidad: 1. El sostenimiento ecológico, que exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de los procesos ecológicos, la diversidad biológica y los recursos naturales. 2. El sostenimiento social, que requiere que el desarrollo aumente el control de las personas sobre sus propias vidas y mantenga y fortalezca la identidad de la comunidad y 3. El sostenimiento económico, que demanda que el desarrollo sea económicamente eficiente y equitativo entre las generaciones y dentro de éstas.

“El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras” (Art. 395 numeral 1). Siguiendo este orden de ideas y para mayor amplitud de lo que supone este Principio de Sustentabilidad, Gutiérrez (2007), sostiene que:

El concepto de desarrollo sustentable hunde sus raíces en la crítica al desarrollo económico en general, ante los altos niveles de degradación del medio ambiente. Así, desde finales de la década de los cuarenta aparecen movimientos de la sociedad civil y la academia, que cuestionaban el modelo de industrialización y de desarrollo y, sobre todo, los efectos contaminantes en la atmósfera, el agua y los suelos, y sus impactos en la integridad de los ecosistemas y en la biodiversidad (p. 55).

El Principio de Transversalidad consigue su fundamento constitucional en el artículo 395 en su numeral 2 cuando se establece: “Las políticas de gestión

ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales y jurídicas en el territorio nacional”.

La transversalidad como principio del derecho ambiental, implica que sus valores, y normas, contenidos en instrumentos internacionales y en el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador, nutran e impregnen la totalidad de las ramas de las Ciencias Jurídicas. Por ejemplo, en los Derechos Reales, donde hoy en día el derecho de propiedad tiene como uno de sus límites a la función social y ambiental. Siguiendo este contexto, la constitución de la República del Ecuador atendiendo al Principio de Transversalidad ambiental en el área de salud, señala que:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional (Art. 32).

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, reconoce a este principio ambiental cuando determina que: “El Estado garantizará la participación y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales” (Art. 395 numeral 3). En sintonía con el precepto constitucional, Verdugo (2011) sostiene que:

La participación ciudadana en la gestión pública se atribuyen diversos efectos positivos que la hacen deseable en todo sistema político; entre ellos, la mejora en la eficacia de las políticas públicas, la educación

política, el refuerzo a la solidaridad colectiva y sentido del bien común, el fomento a la asociación, el control social de los agentes de gobierno, la reducción de la carga del aparato público, la contribución al cumplimiento voluntario del ordenamiento jurídico y la legitimación de las decisiones públicas (p.285).

De acuerdo con lo anterior, la Constitución de la República del Ecuador describe que:

toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (Art. 398).

En este orden de ideas el Código Orgánico del Ambiente (2017) vigente desde el año 2018 establece que:

La participación ciudadana en la gestión ambiental para la deliberación pública entre el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno y la sociedad, se canalizará mediante los mecanismos contemplados en la Constitución y la ley, tales como: 1. El Consejo Ciudadano Sectorial, para el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental; y, 2. Consejos Consultivos Locales, para la formulación, observación, seguimiento, veeduría y evaluación de las políticas públicas en materia ambiental de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Estos Consejos se integrarán por representantes de la sociedad civil, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos de la

circunscripción territorial que corresponda, de conformidad con la ley (Art. 18).

La Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce este principio ambiental, cuando consagra: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza” (Art. 395 numeral 4).

En consecuencia, la regulación ecuatoriana parte de una construcción constitucional del principio in dubio pro-natura, que propone un enfoque general hacia el sentido más favorable en los casos de duda frente a decisiones ambientales, que luego es desarrollado por la legislación ecuatoriana, en que este principio se aplica como un criterio hermenéutico y de actuación para las actividades de los privados, y de los distintos órganos del aparato estatal, incluido el poder judicial.

De esta forma, el Principio in dubio pronatura es una directriz para la aplicación y la interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos, que aporta con la exigencia de promover una protección integral del medio ambiente, propia de un modelo de desarrollo sostenible, que concierta los requerimientos de satisfacción de nuestras necesidades con las posibilidades de desarrollo con las generaciones futuras.

El Código Orgánico del Ambiente (2017) vigente desde el año 2018 establece que:

Cuando exista falta de información, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y a la naturaleza. De igual manera se procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones (Art. 9 numeral 5).

Este principio ambiental aparece en un contexto de expansión del Derecho Ambiental y de transformación del Estado, que integra a la variable ambiental en las bases mismas del Estado constitucional de Derecho, y que promueve un nuevo modelo de desarrollo, que conocemos como desarrollo sustentable.

Conclusiones

Los Principios ambientales adquieren el rango de Constitucional en el año 2008 en la República del Ecuador, cuando se establecen expresamente en el artículo 395: la Sustentabilidad, la Transversalidad, la participación y el principio de in dubio pro-natura.

Los Principios ambientales se constituyen en los mandatos constitucionales que plantean una interpretación adecuada al Buen vivir; Posibilitan llenar vacíos normativos en materia ambiental y permiten integrar lo sustantivo y lo adjetivo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Desde la Transversalidad ambiental, todos los ámbitos jurídicos deben nutrirse de las normas y principios ambientales; en este sentido, la agricultura, la alimentación, la salud, el turismo, la educación deben adecuar sus actuaciones a los Principios de esta manera se integran desde estos. Especial mención, resulta el aporte que para la Corte Constitucional resultan para nutrir sus Jurisprudencias vinculantes, como el amicus curiae como mecanismo de participación desde la responsabilidad ambiental y la motivación de los fallos del máximo tribunal del Ecuador.

Referencias bibliográficas

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. <https://bit.ly/3tZuMwf>

Código Orgánico del Ambiente. (2017). Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017. <https://bit.ly/35rp2BB>

Gutiérrez, E. (2007). De las teorías del desarrollo al desarrollo sustentable Historia de la construcción de un enfoque multidisciplinario. Trayectorias, 9(25), <https://bit.ly/3ptJgAS>

Huerta, L. (2013). Constitucionalización del Derecho ambiental. Revista de la Facultad de Derecho No. 71 PUCP. <https://bit.ly/3sU7IOK>

Verdugo, C. (2011). La participación ciudadana en el procedimiento de

evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N.º 20.417. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre) <https://bit.ly/3qr2nNf>

EL ACCESO A INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DESDE LA PLURALIDAD

PhD. Ana Julia Romero González¹

¹ PhD en Ciencias Humanas de la Universidad del Zulia, Venezuela. Experta en cooperación internacional y desarrollo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Docente tiempo completo e investigadora activa de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Experta en cooperación internacional y desarrollo.

EL ACCESO A INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DESDE LA PLURALIDAD

Introducción

En palabras de Jean D'Arcy en 1979: "Vendrá el día en el que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tendrá que incluir un derecho más amplio que el del derecho del ser humano a la información (...) este es el derecho de los seres humanos a comunicarse" (s/p).

El mundo evoluciona constantemente y con tanta rapidez que la capacidad de adaptación a esto, por parte de los seres humanos, se convierte en un desafío. Es así como el derecho también en esta dinámica se encuentra en permanente transformación con miras a resguardar los intereses de todos. Si bien la concepción y naturaleza del derecho a la comunicación e información, difiere entre los teóricos, de alguna forma, viene a ser la respuesta a tantas voces alzadas a favor de este en el mundo y a lo largo de tantos años.

Esta ponencia es producto de un estudio que, desde una revisión documental, aborda una perspectiva analítica y jurídica el derecho a la comunicación e información consagrado en la constitución nacional ecuatoriana del 2008 desde una visión plural y diversa.

Desarrollo

Comencemos por explicar que diversos autores conciben el derecho a la educación como un "derecho emergente" o "en construcción", de acuerdo con Acosta Buenaño (2010), el mismo desde el constitucionalismo ecuatoriano "integra la libertad de opinión, de expresión, de Prensa y de Información, en un nuevo contexto donde la comunicación y los medios, cada vez más, adquieren un papel trascendental en la creación de nuevas formas de acción e interacción" (s/p).

Es así como a lo largo de tantas crisis sociales presentadas para reconocerlo, se establece en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948) que:

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión (s.p.).

Resaltan en este enunciado dos elementos, la libertad de opinión y la libertad de expresión; la primera como la capacidad de emitir opinión y la segunda más avanzada como la posibilidad de hacerlo a partir de cualquier medio. Se evidencia aquí la doble vertiente que algunos especialistas han identificado y estudiado que se relaciona, no solo al derecho a comunicarse sino a través de cómo esta comunicación puede hacerse.

En este orden de ideas, se tiene también lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 13.3 y 13.1;

Artículo 13.3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (s.p.).

Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, artística o por cualquier procedimiento de su elección (s.p.)

Como se evidencia de ambos articulados, se vislumbra a la comunicación no como un hecho aislado sino como un proceso propio del ser humano y que le permite interrelacionarse con los demás desde esferas sociales, culturales, políticas en el ejercicio pleno del derecho. A decir de Busso y Jaimes (2011), "reivindicar un Derecho a la Comunicación implica reconocer

el papel fundamental de ésta en los procesos de construcción de las sociedades humanas” (p. 7).

Pues es el hombre en sociedad, el sujeto de este derecho, en su accionar permanente y cotidiano, en su posibilidad de interactuar con los otros y expresar la forma como quiere hacerlo; según Jean d'Arcy , citado en Busso y Jaimes (2011) esto implica que, a partir de estas acciones el individuo fundamenta su actuación en cuatro principios o dimensiones: el derecho a elegir, a acceder, a participar, y a la privacidad. Elegir comprende la posibilidad de decisión acerca del momento, los sujetos, la forma y los medios de comunicarse. El acceso pasa por contar infraestructura, tecnología y medios adecuados; la participación por su parte se relaciona con el proceso comunicativo, intervención de doble dirección y la privacidad implica reconocer que se pueden expresar opiniones bajo respeto a la identidad e intimidad.

Ahora bien, si se analizan estas cuatro perspectivas desde la pluralidad y la diversidad se está al frente de la necesidad de contar con elementos que permitan conjugar también otros derechos, como lo es el derecho a la cultura, a las tradiciones, a la educación, a la libertad, al acceso a tecnología, pues es a partir de esta amplio espectro donde se puede asentar que, el derecho a la información y comunicación, no está aislado y que su concepción desde lo jurídico lo hace un derecho fundamental del hombre.

En este sentido, la libertad de expresión, de información, de comunicación se incorpora en un espectro de condiciones públicas, de interés público y al hablar de este amplio contexto se está al frente de un derecho colectivo que, de acuerdo con Araya et al., (2013):

El proceso de comprender los derechos o hacer realidad los derechos es entonces un proceso dialéctico, histórico, político y cultural en el que las nociones de derechos y deberes se construyen y luego son formalmente reconocidas y traducidas en instrumentos jurídicos y procedimientos que se utilizan para dar forma a las luchas (s.p.).

Refieren los autores que “los derechos humanos incluyen la obligación de respetar, proteger y cumplir” (s.p.). La primera busca de alguna forma no

limitar la libertad al momento de tomar decisiones, ósea fundamentar el respeto hacia al otro al momento de expresarse; la protección parte por un deber del Estado de impedir la violación de estos derechos y el cumplimiento que conjuga acciones para asegurar que estos derechos se cumplan efectivamente, no solo desde la vertiente de ejecución de leyes y/o normas sino también desde el accionar de políticas públicas que permitan materializar estas.

Pero ¿cómo se conjuga el ejercicio del derecho a la información y la comunicación desde la pluralidad y diversidad como lo propone el constituyente ecuatoriano?

Pasa entonces por caracterizar qué se entiende por pluralidad y diversidad. Pluralidad desde la visión de la subjetividad política, se entiende según Urrego (2014) como experiencias biográficas que implican el reconocimiento, la distinción y diferenciación de los sujetos, y que a su vez permite simultáneamente la construcción del sí mismo y del otro y la otra. Implica entonces reconocer que existe otro que es diferente a mi y que tiene también derechos, mientras que la diversidad para Gimeno Sacristán (1999) citado por Ramos (2012, p. 80): “La diversidad alude a la circunstancia de los sujetos de ser distintos y diferentes”.

Si se parte entonces de ambos conceptos que han tenido y tienen una variedad de elementos que analizar y que han sido difíciles de definir en forma generalizada, debe analizarse la visión constitucional ecuatoriana fundamentada en un estado constitucional de derechos y justicia donde, según Grijalva (2011) la constitución “vincula y relaciona los derechos sociales a la noción andina de *sumak kawsay* o buen vivir” (p.25) que de acuerdo con Acosta (2010), es un concepto que proviene de la cosmovisión andina y que existe con anterioridad a la vigencia de dicha constitución.

Así la constitución establece en capítulo II Derechos del buen vivir, sección tercera comunicación e información, artículos 16 al 20 las prerrogativas para el ejercicio de este derecho; es así como el literal 1, del artículo 16, enuncia

Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

Los literales 2 y 3 refieren al acceso a las tecnologías de información y comunicación, así como a la creación de los medios de comunicación social en igualdad de condiciones. El literal 4, por su parte hace alusión a la necesidad de incluir a todos, sin diferenciación y dando primacía a aquellos en situación de discapacidad. El quinto nuevamente destaca el rol importante de la integración de espacios de participación de todos y para todos.

Por otra parte, con respecto al tema in comento, es importante destacar el contenido del artículo 17, donde la constitución menciona la obligación del Estado de fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación. Para ello dispone que esta se realizará a partir de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, aludiendo a la creación y coexistencia de los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios y el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada. Asimismo, el literal 3 establece la prohibición de los oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Sobre estos elementos, es importante la opinión ofrecida por Acosta Buenaño (2010), al afirmar que el constituyente ecuatoriano visualiza el derecho a la comunicación de "forma integral, sustentándolo en tres pilares: los medios de comunicación, la desmonopolización para democratizar la comunicación, por una parte; el contenido de estos medios y su regulación, en una segunda instancia y finalmente el acceso de las personas a la comunicación, a la libertad de expresión e información. La comunicación un derecho necesario para el Buen Vivir. El Derecho a la Comunicación busca integrar a los derechos a la libertad de expresión, de prensa y de Información en un nuevo contexto donde la comunicación y los medios, cada vez más, adquieren un papel trascendental en la creación de nuevas

formas de acción e interacción, nuevos tipos de relaciones sociales y nuevos mundos. Es así como el artículo 384 de la Constitución de la República, establece que el sistema de comunicación social debe asegurar el ejercicio de los derechos a la comunicación, la información y la libertad de expresión y fortalecer la participación ciudadana.

Ahora bien, la materialización del derecho a partir de diferentes estrategias y un cuerpo legislativo cabe mencionar la Ley Orgánica de Comunicación (2019), en cuyo título primero, titulado Disposiciones preliminares y definiciones, artículo 1 establece el desarrollo, protección, promoción, garantía, regulación y fomento de los a la comunicación establecidos en los instrumentos de derechos humanos y en la Constitución de la República del Ecuador. Adicional el legislador incorpora un párrafo aparte dirigido a proteger el derecho a ejercer la libertad de expresión, y a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole a través de medios de comunicación. Cabe mencionar aquí la reciente derogación del reglamento de esta ley (pasado 24 de mayo de 2021) por el presidente de la República, Guillermo Lasso y la declaratoria de posible reforma de este texto de ley, que ha recibido a lo largo de los años serias críticas a favor y en contra.

Retomando este orden de ideas se tiene que de acuerdo con Olalla (s.p.), al hablar de medios de comunicación aparece el pluralismo como un valor fundamental del sistema democrático que se sustenta en el ejercicio de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y de la información. que buscan la existencia del ser humano en un ambiente plural de ideas y pensamientos, a su vez diverso en la búsqueda del reconocimiento del otro como diferente pero también como parte de un mismo grupo social. Al respecto refiere la UNAM (1998), "lo común y lo diferente no se destruyen, sino se complementan".

La pluralidad y la diversidad de la información son aspectos centrales de la libertad de expresión. Analizar la pluralidad en este contexto a partir de la constitución del 2008 deviene en la identificación de elementos que hacen de ella el mecanismo a partir del cual se crean, operan, existen distintos medios de comunicación que exponen diferentes aristas de información desde variadas posturas, por un lado y por el otro la diversidad alude a la

no discriminación en el acceso a la información, a la raza, credo, idioma, condición social o discapacidad y a la no existencia de monopolios.

Atendiendo a lo recomendado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe apuntalar al pluralismo por parte del Estado pues este de alguna forma permitirá lograr mayor participación de todos los involucrados y propenderá a la protección de los derechos humanos en materia de comunicación, información y expresión.

Conclusión

Se hace indispensable establecer estrategias de acción desde nivel gubernamental para garantizar la comunicación y la información como derecho, pasa por reconocer la existencia de los medios de comunicación y de los ciudadanos como elementos de esta relación, por lo que la formulación de políticas públicas que permitan efectivizar el contenido de la constitución y de la Ley Orgánica de Comunicación.

La pluralidad y la diversidad como elementos integrados de la expresión resultan imprescindibles para el ejercicio no solo de este derecho sino de los derechos en general, pues sin ellas no será posible construir una sociedad integradora e inclusiva.

Referencias Bibliográficas

Acosta, A. (2010). El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi. Fundación Friedrich Ebert. https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Analisis/Buen_vivir/Buen_vivir_posdesarrollo_A._Acosta.pdf

Acosta Buenaño, A. (2010). La comunicación un derecho necesario para el Buen Vivir. Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional, Tomo II, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Serie de Investigación No. 21, diciembre. https://www.inredh.org/archivos/boletines/comunicacion_derecho_buenvivir.pdf

- Araya Jiménez, L; Avendaño López, A; Carazo Vargas, E (2013). La comunicación como derecho: un acercamiento a la legislación costarricense en el contexto de otras legislaciones latinoamericanas. Anuario de Estudios Centroamericanos, vol. 39, Universidad de Costa Rica San José, Costa Rica. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15233381015>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 de fecha 20 de octubre de 2008. Quito. Ecuador.
- Busso, N., Diego J. (2011). La Cocina de la Ley: El proceso de incidencia en la elaboración de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en Argentina. Buenos Aires: Farco.
- Camacho, C. Un largo trecho: de la información a la comunicación. www.geocities.com/carcam2000
- Gimeno Sacristán, J. (1999). La construcción del discurso acerca de la diversidad y sus prácticas, en R. Alcudia (2000), Atención a la diversidad, Barcelona, Caracas-Graó. Colección Claves para la innovación educativa.
- Grijalva, Agustín (2011). Constitucionalismo en Ecuador. 1ª ed.- Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 5) 290 p.
- Olalla, F. (2004), Revisión crítica de las relaciones entre pluralismo y mercado en los medios audiovisuales. Zer: Revista de estudios de comunicación = Komunikazio ikasketen aldizkaria,, N°. 16. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=997557>
- Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/span.pdf
- Ramos, J. (2012). Cuando se habla de diversidad ¿de qué se habla? Una respuesta desde el sistema educativo. Revista Interamericana de Educación de Adultos, vol. 34, núm. 1, enero-junio, 2012, pp. 76-96. Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en

América Latina y el Caribe. Pátzcuaro, México.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=457545090006>

Universidad Nacional Autónoma de México (1998). La información nacional y la globalización”, Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas de la UNAM, México, vol. 3, nº 1 y 2, 1998, pp. 165-172

Urrego, A. (2014). Pedagogía y Saberes No. 40 Universidad Pedagógica Nacional Facultad de Educación, pp. 107-117.
<https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/PYS/article/view/2774/2496>

EL DERECHO A LA LIBERTAD FRENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Msc David Jacho¹

¹ Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal por la Universidad Central del Ecuador. Diplomado en Derecho Constitucional. Ha sido juez de primera instancia en materia de tránsito, juez de garantías penales, conjuez de la Corte Nacional de Justicia, y actualmente es juez de la sala civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Es autor del libro Libertad y medidas cautelares personales en el Código Orgánico Integral Penal.

EL DERECHO A LA LIBERTAD FRENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

En estos breves momentos se hará una relación del derecho de libertad frente a la aplicación de una medida cautelar de carácter personal. La libertad versus la prisión preventiva.

La libertad.

La libertad personal es un derecho fundamental en un Estado constitucional de derechos y justicia, la raíz de todos los demás derechos, que no son sino las expresiones concretas de la libertad; ergo, la libertad concebida en estos parámetros, es un derecho de ponderación preferente, consagrado en el marco de la Constitución, los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, así como en el ordenamiento jurídico subsiguiente. Después del derecho a la vida, la libertad, se consagra en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos como el bien jurídico de mayor relevancia. La libertad no solo constituye un derecho básico para la realización del ser humano, sino también el valor fundamental que orienta al Estado constitucional de derechos y justicia, per se, es necesario destacar su importancia, como valor prioritario y fundamental no solo para el ordenamiento jurídico sino para la existencia misma de la sociedad y de un Estado en la forma antes indicada, la eficacia de las normas constitucionales y su predominio.

Eh ahí la importancia de analizar cómo y por qué este derecho fundamental, el de libertad, es limitado frente a la aplicación de una medida cautelar personal.

La libertad personal como derecho constitucional, es uno de los derechos que se limitan al aplicar las medidas cautelares personales previstas en el Código Orgánico Integral Penal, vigente. Por ello es necesario analizar si la aplicación de dichas medidas reúne los requisitos y presupuestos establecidos por la ley, y si éstas guardan armonía con los enunciados de la Carta Magna y los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos.

Durante los últimos tiempos, ha tenido lugar en la mayor parte de los países de Latinoamérica un fornido proceso de reformas a los sistemas de justicia penal. Estas reformas, en abstracto, se han caracterizado por el avance de sistemas procesales inquisitivos a otros de carácter acusatorio. No obstante, su trascendencia, a estas transformaciones no han seguido procesos de evaluación de sus resultados que permitan avizorar fehacientemente los problemas que enfrentan y, sobre todo, que hayan permitido enfrentar y dar solución a las dificultades del sistema procesal. El Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador, es un claro referente de estos aspectos, ya que, pese a su novel aplicación, ha sido objeto ya, de varias reformas, sin fortalecer eficazmente el sistema.

A contrario sensu, la estructura jurídica que las medidas cautelares personales adquieren en nuestro Código Orgánico Integral Penal, es el paradigma de la nueva tendencia doctrinaria en materia procesal penal y constitucional, en donde, prima facie, se debe ponderar la aplicación de medidas no privativas de libertad, en función de los principios de excepcionalidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, esbozados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las medidas cautelares de carácter personal en la actualidad es la causa más frecuente de limitación de la libertad. Seguramente, las mismas, son necesarias para garantizar la libertad de todos. El argumento en cuestión es verificar si los requisitos y condiciones que se deben observar para su aplicación son respetados y observados irrestrictamente por los operadores de justicia encargados de su solicitud, aplicación, ejecución y fenecimiento.

Nuestro interés es analizar todos estos fenómenos, prestando atención a las condiciones de validez de las medidas cautelares personales, pues ellas inexorablemente, en mayor porcentaje, son necesarias para que los fines del proceso penal se cumplan y con ello hacer efectivo el derecho sustantivo penal.

El contexto real y la casuística nos demuestran que pese a la existencia de principios y garantías normativas para la aplicación, ejecución y

fenecimiento de las medidas cautelares personales, dichas normas jurídicas son de difícil aplicación, pues existe una serie de circunstancias fácticas y ausencia de políticas públicas que no permiten la efectiva observancia de los presupuestos legales que amparan el efectivo cumplimiento de las garantías de carácter constitucional y procesal que protegen la libertad de las personas, estos aspectos son la esencia de nuestra disertación.

Ante esta situación, el rol fundamental que deben desempeñar los Jueces de Garantías Penales, primordialmente debe ir enfocado al irrestricto cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales que avalan la libertad, para ello es necesario que conjuntamente con los operadores de justicia, instituciones y organismos involucrados en la aplicación de estas medidas, tales como: Fiscalía, Centros de Detención Provisional, Policía Judicial, personal de las zonas de aseguramiento transitorio elaboren un proyecto de coordinación efectiva para que la normativa se cumpla.

La prisión preventiva, es sin duda una medida forzosa para asegurar el imperio de la ley penal, es la que más consecuencias reales y sociales trae con su aplicación, muchos son los criterios que consideran a la misma como una verdadera pena anticipada sin juzgamiento, la realidad carcelaria en el Ecuador determina que esa afirmación tome fuerza. Por ello la necesidad de que la aplicación de esta medida sea restrictiva, además que los principios que la rigen, y los requisitos de ella, sean observados irrestrictamente por los operadores de justicia de la jurisdicción penal, y que los instrumentos previstos en la ley para dejar sin efecto dicha medida sean ponderados preferentemente ante cualquier situación.

Es de nuestro interés analizar todos estos fenómenos jurídicos, utilizando con profusión los numerosos referentes doctrinarios, legales y prácticos existentes en nuestro país, que indiscutiblemente protegen el derecho fundamental de libertad de las personas.

Un tema concebido en el escenario procesal, que refleja la realidad de quien es privado de su derecho fundamental de libertad como secuela de la aplicación de una medida cautelar personal y los argumentos jurídicos

constitucionales y legales para reconquistarla es el contexto de la presente disertación.

Si nosotros revisamos el preámbulo de nuestra Constitución vigente, analizaremos que en sus enunciados se invoca el ideal de libertad, cuya naturaleza jurídica es inmanente al ser humano. Por eso varios autores que hablan sobre el tema refieren que hablar de la libertad es hablar de la historia de la humanidad misma.

La relevancia de la libertad determina un abstracto espectro sobre la materia, ergo, es necesario acortar el mismo, para así hacer posible su análisis. Prima facie, es necesario definir qué es, en términos constitucionales, la libertad personal, ejercicio que, es más difícil de lo que se podría avizorarse. Per se, es preciso desligar la libertad personal del resto de las libertades públicas y derechos constitucionales. En concreto, es preciso distinguir la libertad personal de la libertad de circulación, pues una y otra aparecen asiduamente coligadas.

La primera tarea que hay que abordar es la definición de la libertad personal, enfocada dicha definición, claro es, en el sentido jurídico constitucional; dicho, en otros términos, es preciso dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Qué entiende la Constitución por libertad personal?

La Constitución de la República del Ecuador, prescribe en su artículo 66 los derechos de libertad, como un conjunto de derechos. No existe en estos preceptos, por consiguiente, ninguna definición de lo que haya de entenderse por libertad personal. El jurista maneja conceptos pre constituidos o pre comprendidos, y la Constitución y las demás normas jurídicas usan de tales conceptos, en el buen entendimiento de que tienen un sentido concreto y generalmente aceptado.

La invocación que otros preceptos constitucionales realizan de la misma expresión libertad, podría llevar a la confusión entre distintas acepciones de un mismo término que son utilizados en el texto constitucional con sentido claramente diferente.

La libertad personal se construyó, inicialmente, como un límite frente al poder. Su contenido por lo tanto era entonces fundamentalmente negativo, excluyente de la posibilidad de privar injustificadamente de la libertad, y ese origen limitativo y excluyente se sigue proyectando aún hoy en día, entre otras razones por la muy importante de que, cuantitativamente, la protección que el derecho de libertad personal confiere se proyecta, sobre todo, frente a la detención realizada por los agentes públicos. Todo ello ha contribuido a que el concepto de libertad personal se forje en torno a la idea negativista de exclusión de interferencias o, más precisamente, de límites, y este concepto inicial se ha convertido en hegemónico hasta el punto de parecer único.

Una amplia comprensión del concepto de libertad personal desdibujaría hasta tal punto sus límites que imposibilitaría la demarcación de su contenido. En nuestro concreto caso, la libertad personal resultaría inseparable de otros derechos constitucionalmente protegidos, como aquellos reconocidos en el artículo 66 del texto constitucional, y perdería, por ello, toda virtualidad como derecho autónomo.

Lo más frecuente en la doctrina es, sin embargo, que los intentos de definición de la libertad personal sigan una trayectoria contraria a la anterior, esto es, no la de ampliación del concepto de la libertad personal al de la libertad en general, sino el de restricción del concepto de libertad personal.

Según Joaquín García Morillo: "Una definición positiva de la libertad personal debe, por tanto, comenzar por excluir las actividades humanas de carácter no físico, no materializables en el cuerpo humano, no corporalizables. La libertad personal es, sin duda, una libertad de la persona física, de la persona humana en cuanto que ser corporal. La libertad personal cubre exclusivamente los comportamientos corporales, materiales, que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico". La libertad protegida por el artículo 66 numeral 29 la Constitución de la República se circunscribe, pues, a lo corporal, lo físico, lo tangible.

La libertad personal protege a la persona en el sentido físico corporal, por ello la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas; la prohibición de prisión por deudas; y, como corolario aquel principio cuyo tenor es: "Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley". Pues la libertad personal se enfoca en la voluntad del ser humano de determinar su actividad física.

Nuestra Constitución, diferencia la libertad personal, prescrita en el numeral 29 del artículo 66, de la libertad de circulación y residencia prescrita en el numeral 14 del mentado artículo constitucional, cuyo contenido es el siguiente: "14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente".

El criterio fundamental para la privación de la libertad, es que, ésta limitación, solamente puede nacer por las formas previstas en la ley, en nuestro caso por las establecidas en el Código Orgánico Integral Penal; y, que en todo caso corresponde a las modalidades denominadas medidas cautelares personales durante un proceso penal; así también al aplicarse una sanción de pena privativa de la libertad derivada de una sentencia penal condenatoria, luego de caminar por todo un procedimiento para el efecto y habiéndose observado todas las garantías básicas del debido proceso establecidas en la Constitución, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las leyes y la jurisprudencia. Del mismo modo existe legalidad en aquellas formas de limitación de la libertad tales como: la detención de testigos sospechosos, la aprehensión por contravenciones, entre otras, también prescritas en el Código invocado. Por lo tanto, las formas de privación de la libertad deben constar expresamente y con la formalidad constitucional y legal que el Estado reconoce.

Obviamente y como consecuencia se prohíben todas las otras formas de privación absoluta o relativa de la libertad, tales como: a) La esclavitud considerada como el ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona privándola totalmente de su libertad; b) La servidumbre entendida como el

ejercicio de los derechos de propiedad sobre el trabajo y las condiciones de vida de la persona; c) El tráfico de seres humanos, considerada como cualquier tipo de explotación económica de las personas limitando su libertad; y, d) La prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Estos principios prescritos en nuestra Carta Magna en su artículo 66, están considerados también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 8.1, 8.2, 8.3 y 9.1; en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en sus artículos 6. y 7.1; normas en las cuales se establecen mayores condiciones para la privación de la libertad como las siguientes: a) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; b) Las sanciones no deben trascender la persona del sentenciado; c) Las sanciones en ningún caso pueden reducir a la persona a situaciones de esclavitud, servidumbre o trata; y, d) El trabajo forzoso como sanción debe guardar respeto por la libertad de la persona, siendo aplicable solo por consideración previa de la ley y por decisión judicial fundamentada.

Libertad vs. medidas cautelares personales.

La limitación de la libertad opera en relación con los fines y funciones de las medidas cautelares personales, Aquí analizamos ya las garantías normativas por excelencia se encuentran en la jurisdicción penal. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de una medida cautelar de carácter personal?

Analizamos ut supra, que uno de los más preciados derechos, y uno de los más respetables atributos del ser humano, es el de la libertad, enfocada en sus formas, reconocida en el marco de nuestra Carta Magna, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y nuestras leyes.

Sin embargo, en aras de los fines que persigue el derecho procesal y el proceso penal, estos preceptos de jerarquía universal sufren excepciones al tratarse de restablecer la paz social alterada por el delito, entre aquellas excepciones encontramos la aplicación de las medidas cautelares personales previstas en el Código Orgánico Integral Penal.

Las medidas restrictivas a la libertad, conocidas como medidas cautelares personales, han sido conocidas en toda época. Como se puede comprobar, afectan la libertad física o ambulatoria de las personas y tienen por objeto garantizar la comparecencia del procesado al proceso, el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad, incluso los derechos de las víctimas.

Libertad vs. prisión preventiva.

La prisión preventiva como medida restrictiva de la libertad personal, a través de los tiempos, ha sido el instrumento más utilizado por la justicia para coartar la libertad en aras de los fines del proceso penal. En la actualidad, en nuestro sistema procesal penal, es la medida cautelar que en superior nivel limita la libertad de las personas.

El artículo 77, numeral 1 de la Constitución de la República, establece claramente que la libertad debe ser limitada de forma excepcional, claramente refiere dicha norma constitucional que la privación de libertad opera en función del principio de legalidad, de forma excepcional, y tiene como fin también, el precautar el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones. Además, señala que la privación de libertad y la aplicación de medidas no privativas de libertad se aplican de conformidad con la ley.

El capítulo relacionado con las medidas cautelares personales establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, establece una serie de garantías normativas que rigen la adopción de una medida cautelar personal, las mismas que deben observarse en función del principio de legalidad (artículo 76. Numeral 3 de la Constitución de la República).

El artículo 524 del COIP, ha sufrido ciertas reformas que enfocan de forma adecuada requisitos para la procedencia de la prisión preventiva, los cuales se acercan a los estándares que ha desarrollado la CIDH.

Como aval de la mínima intervención penal, se establece garantías normativas para la revocatoria, sustitución y suspensión de la prisión preventiva.

El Hábeas corpus como centinela del derecho de libertad.

Si se verifica una ilegal, arbitraria e ilegítima limitación de la libertad, desde el punto de vista constitucional aparece el Hábeas corpus como garantía jurisdiccional de protección del derecho objeto de nuestro análisis.

Siendo la prisión preventiva una medida cautelar de carácter personal que limita la libertad, cuyas consecuencias son de índole jurídico-social, nuestro ordenamiento prevé la interposición del hábeas corpus como garantía jurisdiccional.

Esta garantía jurisdiccional contrarresta la privación ilegal, arbitraria o ilegítima de la libertad, así como sus características, trámite y efectos. Enfocado el tema del hábeas corpus frente a la limitación de la libertad por el mecanismo de prisión preventiva, formamos el siguiente análisis a continuación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido las diferencias entre los distintos tipos de detención, discrimina los conceptos de detención ilegal y detención arbitraria; la primera es provocada por una privación de la libertad que no cumple con la legislación en virtud de la cual se ejecuta; y, la segunda, aquella que, si bien reúne los requisitos para ser considerada como legal, no guarda un fin válido con relación al daño causado a la persona privada de la libertad.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece las reglas jurídicas en torno al objeto, competencia y trámite del hábeas corpus; conforme lo analizado ut supra, el artículo 43 de la mentada ley, establece categóricamente cuál es el objeto de la garantía jurisdiccional, por su parte, el artículo 44 señala el trámite que procede con dicha institución jurídica.

Las reglas de competencia para plantear un hábeas corpus, en casos de privación de libertad por prisión preventiva, están claras en la norma invocada: "cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, la acción se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia; de haber más de una sala, se sorteará entre ellas", lo cual guarda

relación además con lo que establece el artículo 168 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que "Compete a las Cortes Provinciales: (...) 2. Conocer las acciones de hábeas corpus en los casos de fuero y de órdenes de privación de libertad dictadas por jueza o juez penal de primera instancia", y con lo que señala el artículo 169 ibídem, que indica: "Compete a la Corte Nacional de Justicia: (...) 2. Conocer las acciones de hábeas corpus en los casos de fuero"; dichas reglas delimitan también la competencia para conocer y resolver la garantía jurisdiccional, en casos de fuero de las personas.

En torno al recurso de apelación de las acciones de hábeas corpus, el artículo 4 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconoce el principio de doble instancia en los procesos constitucionales, salvo que exista una norma expresa en contrario, mandato de optimización que guarda conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, que en el artículo 76 numeral 7 literal m), garantiza a las personas el derecho a recurrir de los fallos en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; así, el artículo 24 de la ley invocada señala: "Art. 24.- Apelación. Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito (...)";

El recurso de apelación de las acciones de hábeas corpus, por casos de privación de libertad (prisión preventiva), dictadas dentro de un proceso penal, se viabiliza a través de las reglas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en función del principio de legalidad, así, el artículo 44 de la ley ut supra señala: " (...) 4. Procede la apelación de conformidad con las normas comunes a las garantías jurisdiccionales. Cuando la privación haya sido dispuesta en la Corte Provincial de Justicia, se apelará ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional; y, cuando hubiere sido dispuesta por la Corte Nacional de Justicia, se apelará ante cualquier otra sala que no ordenó la prisión preventiva.(...)"; en concordancia, en relación al órgano jurisdiccional competente, para conocer el recurso de apelación, en los términos señalados, el artículo 169 ibídem indica: "Corte Nacional de Justicia.- Compete a la Corte Nacional de Justicia: 1. Conocer y resolver los recursos de apelación de las acciones de

hábeas corpus resueltos por las cortes provinciales, en los términos establecidos en esta ley.(...)”.

Conforme lo indicado, el artículo 44 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que procede la apelación del hábeas corpus, de conformidad con las normas comunes a las garantías jurisdiccionales, es decir, la apelación debe ser conocida y resuelta por la Corte Provincial; en concordancia, el artículo 168 numeral 1 ibídem, señala que le corresponde a las Cortes Provinciales de Justicia conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan en contra de los autos y las sentencias de los Jueces de instancia.

Por su parte, el artículo 169 numeral 1 ibídem, señala que es de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conocer y resolver los recursos de apelación de las acciones de Hábeas Corpus resueltas por las Cortes Provinciales.

Es decir, cuando la acción de hábeas corpus haya sido conocida en primera instancia por la Corte Provincial de Justicia, en función de que la privación de libertad (prisión preventiva) deviene de un proceso penal, se apela ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional, órgano jurisdiccional que mediante resolución de 19 de marzo de 2009, publicada en el Registro Oficial N° 565 de 7 abril de 2009, determinó que la competencia para conocer los recursos de apelación de las sentencias de hábeas corpus dictadas por las Salas de las Cortes Provinciales, de conformidad con el último inciso del artículo 89 de la Constitución de la República, corresponde previo sorteo a cualquiera de las Salas que conforman la Corte Nacional de Justicia.

En este contexto, se observa, que la sentencia expedida por los Jueces constitucionales de primera instancia en la garantía jurisdiccional de hábeas corpus, es susceptible de apelación, de conformidad con las reglas antes señaladas, sin que de ellas se observe en forma alguna que existan restricciones al derecho a recurrir que se materializa a través del recurso de apelación, conforme lo ha manifestado la Corte Constitucional del Ecuador, al señalar “(...) esta Corte observa que el recurso de apelación dentro de la acción de hábeas corpus, se encuentra concebido en un contexto general y

amplio, sin que existan disposiciones de carácter legal o reglamentario que lo limiten o restrinjan, por lo que pueden interponer el mismo, tanto el legitimado activo, así como las autoridades judiciales o administrativas que hayan intervenido dentro del proceso constitucional (...)", en consecuencia, tanto el legitimado activo, como las autoridades judiciales o administrativas, pueden apelar de la sentencia dictada por el órgano judicial de primera instancia en una acción de hábeas corpus.

Existen determinadas medidas en el Código Orgánico Integral Penal, que limitan la libertad de las personas, su existencia se encuentra justificada por el éxito del proceso penal y sus fines; sin embargo, su aplicación debe estar enmarcada en el ámbito constitucional, convencional y legal, solo de esa forma se lograría el justo equilibrio: hacer efectivo el derecho penal, en procura del bien común, y, respetar los derechos fundamentales de las personas; fines perseguidos por el Estado constitucional de derechos y justicia.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: UN ANÁLISIS DESDE LA SENTENCIA N.º 11 - 18 - CN/19

MSc. María Claudia Sánchez Vera¹
Docente titular tiempo completo de la Carrera de Derecho
Universidad de Otavalo
Mayo 27, 2021

¹ Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, estudiante de la Maestría Profesional en Derecho laboral y seguridad social (UASB) y Docente Investigadora tiempo completo de la carrera de Derecho, Universidad de Otavalo-Ecuador, ORCID: 0000-0002-1882-0176. Email: msanchez@uotavalo.edu.ec.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: UN ANÁLISIS DESDE LA SENTENCIA N.º 11 - 18 - CN/19

Introducción

Para empezar, cabe recalcar que la presente exposición, tendrá como finalidad analizar jurídicamente la sentencia N.º 11-18- CN/19 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en el marco de una consulta de norma. En este contexto, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha; organismo en el cual recayó la competencia para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por los accionantes a quienes se les negó la acción de protección, el cual tuvo duda razonable y motivada, en el sentido de que si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos: 67 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CRE"), 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y, 81 del Código Civil, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución.

En este contexto, sobre esta reflexión se desarrollaron en primer lugar ciertas nociones conceptuales básicas, tales como: Estado Constitucional de Derechos, derechos humanos, familia, principio, principio de igualdad y no discriminación, igualdad formal y material, principio de progresividad y prohibición de regresividad; aquello de la mano de doctrina relevante tanto a nivel nacional como internacional.

Desarrollo

1. Nociones conceptuales previas

A manera de inicio, cabe recalcar que el Ecuador es un "[...] Estado constitucional de derechos [...]",² lo cual significa una evolución y

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

superación del Estado de Derecho; aquel que consideraba a la ley como única fuente de Derecho, a un modelo de Estado en el cual no solo se reconocen diversas fuentes a parte de la ley (jurisprudencia, doctrina, principios generales del Derecho, etc.), sino también pone un énfasis en la Constitución como norma suprema, misma que tiene como eje central a los derechos reconocidos en ella expresamente y tácitamente a través del *bloque de constitucionalidad*.

En concordancia con lo expresado, es necesario hacer un breve paréntesis a fin de conocer se define al término *derechos humanos*, como el “[conjunto] de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.³ Dicho de otro modo, se entiende que son aquellos que son inherentes al hombre, es decir lo acompañan únicamente por tener la calidad de *ser humano* y formar parte de una sociedad.

Ahora bien, la aplicación de los referidos derechos se guía por una serie de *principios*⁴, haciendo hincapié en esta investigación, en los siguientes: principio de igualdad y prohibición de discriminación y, principio de progresividad y no regresividad.

En este contexto, cabe recalcar que la igualdad en términos generales, es el “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”.⁵ Dicho de otro modo, ha pasado de ser un valor de convivencia para ser un principio cuya aplicación por parte de los gobiernos no es discrecional sino obligatorio.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano otorga un doble tratamiento a la igualdad, como principio y derecho a la igualdad formal

³ Jesús Rodríguez y Rodríguez y Miguel Carbonell, “Derechos Humanos”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3ª. ed., coord. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Editorial Porrúa / UNAM, 2009), 481.

⁴ Dícese que son aquellas “[...] normas principio o mandatos de optimización [...]”. Véase en: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 86.

⁵ España Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, *Real Academia Española*, accedido 25 de mayo de 2021, *igualdad* <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.

(aquella que supone que todos los seres humanos somos iguales ante la ley y todo el ordenamiento jurídico) y material (realiza un estudio profundo de la situación específica de cada grupo de la población).

Por su parte, al respecto de lo indicado, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, dispone que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.⁶

En definitiva, lo que se desprende del texto constitucional, es que la discriminación, está prohibida y que el Estado se encargará de emitir políticas de prevención y sanción de la discriminación; entendida como aquella conducta nociva para las relaciones interpersonales, que separa, excluye, limita derechos, basándose en prejuicios y estigmas.

Para finalizar, el principio de progresividad y prohibición de regresividad, significa que “los Estados han asumido una obligación de ‘avanzar’ supone, al menos, dos obligaciones implícitas: 1) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y 2) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas”.⁷ En definitiva, el contenido de los derechos debe ser desarrollado a través de los contratos, políticas públicas, leyes, jurisprudencia, toda medida que implique retroceso se presumirá inconstitucional.

⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11.

⁷ Magdalena Sepúlveda, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006), 124.

2. De la teoría a la práctica: “Reflexiones desde la sentencia N.º 11 – 18 CN/19”

Para empezar, como antecedentes previos, a mediados de abril del 2018, los ciudadanos Efraín Soria y Ricardo Benalcázar, solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio al Registro Civil. No obstante, a la referida petición en mayo del mismo año, el Registro Civil negó el matrimonio a los accionantes alegando que conforme con la normativa interna ecuatoriana se reconoce el matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer, es decir entre una pareja heterosexual.

Es por ello que, en julio de 2018, los accionantes presentaron la respectiva acción de protección, en la que exigen la aplicación de la Opinión Consultiva OC-24/17". Posterior a ello, el 14 de agosto de 2018, el Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Pichincha, en sentencia concluyó que no existió vulneración de derecho constitucional alguno y declaró improcedente la acción de protección. En la misma audiencia, los accionantes interpusieron el recurso de apelación.

Conforme avanza el proceso, el 18 de octubre de 2018, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, suspendió el procedimiento de acción de protección y remitió a la Corte Constitucional la consulta, acerca de que si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 81 del Código Civil, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución.

Ahora bien, merece hacer un paréntesis para indicar que la Corte Constitucional es competente, en virtud del artículo 428 de la CRE y del artículo 142 de la LOGJCC, para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad.

Por su parte, la Opinión Consultiva OC-24/17, en su parte resolutive N. 8, determina que de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las

figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, *incluyendo el derecho al matrimonio*, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Por último, la Corte Constitucional, en su reflexión jurídica, entre otras cosas argumenta que los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano. En consecuencia, en el caso del matrimonio, la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, por el bloque de constitucionalidad, también reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH a los artículos 1, 2, 11(2), 17 y 24 de la CADH, desarrollada en la Opinión Consultiva OC24/17.⁸ Al final, la decisión de la Corte Constitucional, fue la siguiente: Por un lado, determinó que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad. Por otro lado, ordenó que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.⁹

⁸ OEA Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva sobre la Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017.

⁹ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en Caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019.

Conclusiones

Posterior a la reflexión tanto doctrinaria como jurídica que se ha realizado en la presente investigación, es posible concluir que la decisión de la Corte Constitucional corresponde a un Estado Constitucional, que respeta los derechos humanos sin tomar en consideración las condiciones de sus titulares. Además, llama a tomar conciencia de la diversidad humana y la convivencia en armonía, sin dejar que los prejuicios sociales y religiosos sean impedimento para la materialización plena de los derechos reconocidos y que responden a la dignidad de todas las personas, por que como expresa Nelson Mandela el no reconocer a las personas sus derechos humanos es cuestionar su propia condición de humanidad.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. "Sentencia". En Caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019.
- España Real Academia Española. "Diccionario de la lengua española". Real Academia Española. Accedido 25 de mayo de 2021, *igualdad* <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.
- Organización de Estados Americanos. *Opinión Consultiva sobre la Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 24 de noviembre de 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús y Miguel Carbonell. "Derechos Humanos". En *Diccionario de Derecho Constitucional*, coordinado por Miguel Carbonell, 481-4. Ciudad de México: Editorial Porrúa / UNAM, 2009.
- Sepúlveda, Magdalena. "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente". En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de*

derechos sociales, compilado por Christian Courtis, 117-50. Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006.

EL INFLUJO DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

PhD. Ricardo Tapia¹

¹ Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México. Profesor de tiempo completo en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la referida universidad. Especialista en Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución, en Contratación Pública y en Responsabilidad Civil, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros en diversos países. Abogado litigante.

EL INFLUJO DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Se ha visto tradicionalmente como un influjo, un permeo, una irradiación, del efecto de los derechos fundamentales, pero en relación a normas infra constitucionales o subconstitucionales.

Al final se pondrán algunos ejemplos de sentencias mexicanas de este influjo y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que también puede permear e irradiar, de manera horizontal, a otras zonas de la Constitución, o, dicho de otra manera, las zonas dogmáticas de la Constitución, que es donde se incrustan los derechos fundamentales, influyendo, impregnando en ese efecto de dimensión objetiva a otras zonas como la zona orgánica o la zona proyecto de nación e de construyamos un poco estas ideas para para poder llegar, pues, a esto que mencionaba yo hace un instante.

¿Cuál es el contenido de una Constitución? ¿Qué es una Constitución en cuanto a su contenido? Haciendo un poco de historia, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aparecida a propósito de la Revolución Francesa en 1789, nos decía que una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes definida no tiene constitución. Por otra parte, el Diccionario de la Real Academia Española define a la Constitución como la ley fundamental de un Estado con rango superior al resto de las leyes que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política.

Entonces, con estas definiciones o con estas apreciaciones, vemos que la conformación del contenido de una Constitución no es monolítica, es más bien dual. Por una parte, consagra los derechos fundamentales mínimos que el Estado reconoce a las personas y, por otro lado, presenta las reglas de organización del poder del Estado.

Hay algunos autores como Mauricio Fioravanti, nos agregan una zona más que es un proyecto de nación. Hay algunas constituciones y bueno, en Latinoamérica hay varias que siguen este derrotero. ejemplo la mexicana,

que también contiene un proyecto político, un proyecto de nación, esas son las zonas de la Constitución.

Ahora, en nuestras constituciones, sobre todo en Iberoamérica, hemos transitado hacia establecer estructuras en las cuales esas zonas dogmáticas, a su vez, tiene también una conformación dual, se conforma en varias constituciones a manera de un bloque de constitucionalidad, teniendo en ella los derechos fundamentales explicitados en el propio texto de la Constitución. Más derechos fundamentales explicitados en tratados internacionales o algunas constituciones como la ecuatoriana, que presentan una cláusula abierta en instrumentos internacionales en general. El tema es que los derechos fundamentales en este tipo de estructuras de bloque de constitucionalidad no solamente están consagrados en el texto constitucional, sino el texto constitucional hace a su vez un reenvío a otros instrumentos, tratados internacionales o instrumentos internacionales en general.

¿Con esto pierde supremacía la Constitución? parece que no. Se reconforma la Constitución en específico, la zona dogmática de la Constitución. Y ahora, en esa reconformación, el elenco de derechos fundamentales es el que sufre una modificación. Ya no son solo los derechos del texto constitucional, sino son estos más. Los derechos que el propio texto reenvía a esos tratados o instrumentos internacionales en esa idea de bloque de constitucionalidad. Por esa razón, los países que tienen en su Constitución esta estructura de bloque de constitucionalidad o en esos países me parece ser que ya no es necesario hablar de control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

El control de convencionalidad estaría implícito del control de constitucionalidad. Porque ya de por sí la contemplación es que la zona dogmática de la Constitución es dual, con derechos de cuño nacional constitucional, más derechos de cuño e internacional. En esa línea de estructuras, por ejemplo, va la Constitución Mexicana. El artículo primero de la cuestión de México, dicen los Estados Unidos Mexicanos. Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de los cuales el Estado mexicano es parte.

El artículo 33 de la Constitución Argentina prescribe que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de un gobierno allá con ustedes, el Ecuador. Bueno, el artículo 11.7 me parece que también entra dentro de esta idea del bloque de constitucionalidad. Ahora, a partir de los horrores observados en la posguerra, en la Segunda Guerra Mundial. En donde el mundo occidental reflexiona y dice bueno, esa regla de mayorías, esa omnipotencia de los parlamentos en la configuración de normas como la llama Ferrajoli, no tendrá límites y se piensa que sí, que los límites a el poder figurativo de las e, los parlamentos o las legislaciones son justamente los derechos fundamentales.

Esta idea va permeando, va teniendo varios avatares en la historia constitucional del mundo occidental y es muy conocido el fallo Luts. En Alemania, pronunciado en 1958 por el Tribunal Federal de Madrid en el Tribunal Constitucional de la entonces República Federal Alemana, el cual nos presenta la idea de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, más allá de tener una dimensión subjetiva. Esto es, como prerrogativas atribuibles a un sujeto de derecho. También a partir de esa sentencia.

En Alemania se tiene la visión de que estos derechos tienen una dimensión objetiva dado a que se constituyen como verdaderas directivas. Principios generales del derecho que van a permear. Van a influir prácticamente en todas las demás normas del sistema y también en todas las demás instituciones del sistema, causándoles u orientándolo. Es justamente. Pues hacia los fines de los derechos constituirse fundamentales.

En ese sentido, Catalina Shalem Jessel en Chile nos dice que la dimensión objetiva, los derechos fundamentales significa concebir tales derechos como un orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que se encuentran consagrados. Pues en la parte dogmática de la Constitución. Al ser esta norma suprema y directamente vinculante tanto para los órganos del Estado como para toda persona, institución o grupo, se ha se ha erigido esta zona dogmática como el

parámetro de legitimidad material en el Tratado Constitucional de Derecho en el mundo occidental.

En algunos tribunales constitucionales del mundo toman también esta idea y por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España, en una sentencia de mil novecientos ochenta y cinco, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Vengué y Rafael Gómez, se establece que los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Esa misma sentencia más adelante dice que, por consiguiente, hay una obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución y específicamente, pues a esta zona de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional peruano, en un fallo del 11 de julio de 2005. La cual no reporta datos del ponente, nos dice que el carácter objetivo de estos derechos fundamentales radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadora de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura o debe estructurarse la sociedad democrática y el Estado constitucional. E. Otro precedente, este del 4 de enero de 2011 y pronunciado por el Tribunal Constitucional chileno, nos dice que desde un prisma objetivo que supone aceptar que tales derechos fundamentales constituyen hoy la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo

En México, en 2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice en un precedente que los derechos fundamentales tienen esa doble dimensión en la función objetiva de los derechos fundamentales. Esto se da en virtud de que estos derechos unifican, identifican e integran en un sistema jurídico determinado a las restantes normas que cumplen funciones más específicas debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas. Los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes a el mismo.

Y bueno, por razones de tiempo, abreviando esta idea que tiene un origen, una génesis de construcción jurisprudencial desde el fallo Iudá alemán y la jurisprudencia comparada que hemos hecho mención.

El artículo 426 de la Constitución de Ecuador va en esa ruta o en ese sentido, al igual que el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Mexicana y el artículo 53 de la Constitución Española en sus párrafos primero y tercero, reitero, por razones de tiempo, ya no menciono todo el contenido de sus artículos.

En la Constitución Española ese artículo 53. El párrafo primero dice "Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2 del presente título se refiere a la zona dogmática de la Constitución Española y se vinculan a todos los poderes públicos" y luego el párrafo tercero dice "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero son la dogmática, informaron la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".

Bajo esa óptica, esta visión de dimensión objetiva de los derechos fundamentales, reitero, en la cual se piensa que estos derechos, con base en esos criterios jurisprudenciales y constitucionales, van a irradiar, permear, orientar, encauzar, interpretar, reencauzar, y si se necesita, incluso reciclar a las demás normas del sistema y también de las instituciones.

No solamente esta orientación se da en relación, como mencionaba al principio, a normas infra constitucionales, sino también a normas de cuño constitucional, a las normas de la parte. Analizaremos dos sentencias rápidamente, pronunciadas en México. En este sentido, tenemos una sentencia, que es la Acción de Inconstitucionalidad N° 155-2007, resuelta el 7 de febrero de 2012 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aquí el problema que se da es que el artículo 21 de la Constitución de México es un artículo me parece de zona dogmática, este de zona orgánica que le da la facultad a la autoridad administrativa para imponer sanciones por faltas administrativas.

Estas sanciones, dice la Constitución en México, pueden ser, multas, arresto hasta por treinta y seis horas o trabajos en favor de la comunidad. Cuando

el asunto llega a la Corte mexicana llega porque una ley administrativa de un Estado. Nosotros somos una federación de un Estado de la República.

El Estado Yucatán preveía para cierta conducta una sanción administrativa y se castiga esta falta administrativa con multa, arresto hasta por treinta y seis horas o trabajos en favor de la comunidad. La Corte observa que aquí hay un problema con los artículos 2.2 del Convenio Internacional del Trabajo número 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio con el artículo 8.3 inciso 7 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con el artículo 6 del Pacto de San José, que nos dicen que el trabajo forzoso u obligatorio no se puede imponer en sede administrativa, sino solo en sede jurisdiccional.

Aquí hay una colisión con la Constitución Mexicana que, al observar esto lo que la Corte Mexicana resuelve, miren aquí en el considerando quinto dice la Corte ya cuando resuelve esta acción de inconstitucionalidad en contra de esa ley de Yucatán, dice dado que el estándar internacional establece una mayor protección a la persona humana que el contenido de la Constitución federal respecto al derecho humano a la libertad de trabajo, esta Suprema Corte determina que el parámetro de validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano es el siguiente solo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.

Prácticamente con esta decisión, la Corte recicla, modifica o si ustedes lo quieren ver así, les aplica una zona, una parte del texto de la Constitución de México. El texto de la Constitución dice que la autoridad administrativa puede imponer trabajos en favor de la comunidad como sanción. Los tratados internacionales dicen que no, la Corte en el caso concreto dice que el mejor estándar es el de los tratados internacionales. Entonces en México estos trabajos forzados sólo podrán imponerse mediante sanción jurisdiccional y por tanto, declara la inconstitucionalidad de esa ley, que era una ley de prevención de adicciones, etcétera., del Estado de Yucatán.

¿Por qué la inconstitucionalidad? Bueno. Porque los tratados internacionales están dentro del bloque de constitucionalidad, en consecuencia, en la zona dogmática de la Constitución. Pero lo curioso aquí, a mi punto de vista, es que esta zona dogmática alcanza a irradiar a la zona orgánica que, en organización del poder, le faculta a la autoridad administrativa a sancionar mediante trabajos en favor de la comunidad. Me parece ser que esto no pudiera ser explicable de otra manera, más que observando un influjo de la zona dogmática de la Constitución hacia la zona orgánica de la Constitución. Otro ejemplo es el caso Ayotzinapa. Aquí aparecen los datos y son un amparo en revisión, que resuelve el 31 de mayo de 2018 un Tribunal colegiado de Circuito en México.

Aquí el tema es que el artículo 21 de la Constitución y el artículo 102 apartado de la Constitución Mexicana, son la ley Orgánica, establecen que la organización del poder y la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público. Se observa en esta sentencia. El Pleno de la corte en México estableció una jurisprudencia de efecto vinculante que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser vinculante para los jueces mexicanos, no solo en los casos de los cuales México ha sido parte del litigio internacional, sino en general en todos los casos.

Partiendo de esa base, aquí el Tribunal Colegiado en este caso dice que hay un caso. El caso Favela Nova de Brasilia contra Brasil, en el cual este se observa que, en unos hechos de desaparición forzada, atribuibles al Ejército Federal, no hubo independencia ni imparcialidad en la investigación porque el investigador, el Procurador General de la Nación, que dependía de manera directa del presidente de la República y el investigado que era el Ejército, también dependía del presidente de la República. Y aunque entre el procurador y el Ejército no había una relación de dependencia, estaban en el organigrama en un primer grado horizontal de dependencia en relación con el presidente. Se estableció que ahí no podía haber independencia ni imparcialidad y que en esos casos lo mejor era formar una comisión de la verdad, fuera de la Procuraduría de la Nación para que pudiera investigar.

El caso Ayotzinapa de los 43 estudiantes desaparecidos, caso vergonzoso para México y conocido, pues aquí el tribunal observa lo mismo y básicamente bueno, aquí voy poniendo algunas partes de la sentencia y ya por razones de tiempo no la leo, sino sólo la comento. El tribunal establece, bueno, pues como aquí es un caso similar, se investiga al Ejército, a la Policía Federal, también a una Policía Municipal, pero principalmente al Ejército de la Policía Federal. Dependen en primer grado el presidente y el que investiga es el procurador, que también depende en primer grado del presidente. Pues entonces aquí no hay independencia ni imparcialidad.

De modo que habrá que conformar, como dice aquí, una comisión investigadora de la verdad. He aquí lo que ocurre es que por virtud de esta sentencia estamos dejando de aplicar el texto constitucional de la zona orgánica. El Ministerio Público es el órgano encargado de investigar los delitos.

¿Por qué no se dio la independencia ni la imparcialidad en este caso?. La jurisprudencia de la Corte Interamericana es fuente de derechos fundamentales y por virtud de la determinación de derechos fundamentales acabamos haciendo, igual que en el caso anterior, un reciclaje. Para citar al maestro, doctor Pedro Néstor, quien hace una interpretación muy taxativa de la zona orgánica de la Constitución, por virtud del influjo de la zona dogmática. Los derechos fundamentales influyen en modificar en este caso el texto de la zona orgánica para quedar en ese caso en lo concreto, que para la investigación de ese caso ya no será el Ministerio Público, sino será una comisión de la verdad. Bueno, ahí estamos viendo un caso también en el cual el influjo de la zona, órgano de la zona dogmática de la Constitución, que es la atinente a los derechos fundamentales.

Y, en sistemas como el mexicano, también el ecuatoriano, tenemos conformación de bloque de constitucionalidad, derechos fundamentales de cuño interno y también de fuente externa. Y en el caso de estas sentencias mexicanas que he proyectado, pues vemos el influjo o a mi punto de vista, vemos el influjo de la zona dogmática en la zona orgánica, acabando haciendo mutaciones al texto de la zona orgánica para debida tuición de estos derechos fundamentales.

Y en lo que tiene que ver con, pues, algunas otras cosas, como se comentan aquí en este Congreso, el pluralismo, el multiculturalismo, el derecho a ser diferente, a mí me parece ser que todo este combo de derechos son derechos fundamentales explicitados en zonas constitucionales explicitadas y en zonas jurisprudenciales, que pueden llegar a tener, desde luego también, pues, un influjo para poder mutar inclusive el texto de la zona orgánica de la Constitución.

HABEAS CORPUS EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

PhD. Andrés Cervantes ¹

¹ Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Maestría en ciencias jurídicas avanzadas, Universidad Pompeu Fabra. Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia. Profesor de grado en la UEES y USFQ. Miembro del grupo de investigación de derecho constitucional y europeo de la UPF. Abogado en libre ejercicio, dedicado a litigios complejos y arbitraje.

HABEAS CORPUS EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

El objetivo de la ponencia el día de hoy, es tratar los aspectos más sobresalientes del habeas corpus en el constitucionalismo moderno. El profesor argentino Eugenio Bulín tenía una concepción muy particular de los derechos humanos. Él estaba en contra de la fundamentación naturalista, de los derechos humanos, de la idea de que el ser humano tiene asegurados unos derechos por su propia condición y que son imperecederos.

¿Por qué el profesor tenía cierta resistencia a esa idea? Bueno, desde un punto de vista teórico, porque sencillamente no es cierto. Todos los derechos humanos, incluida la libertad y la garantía procesal del derecho a la libertad, han tenido que ser conquistados poco a poco, como iremos viendo a lo largo de la exposición. Y, en segundo lugar, desde un punto de vista político, porque justamente suceden los retrocesos en los derechos humanos, cuando uno los da por sentado.

Entonces, buena parte de la exposición va a ser quizás una especie de recuento histórico de cómo llegamos a tener esa garantía procesal del derecho de libertad y otras garantías conexas a las que denominamos habeas corpus, haciendo hincapié en la importancia de esta garantía jurisdiccional, y, además no solo recordar de dónde vinimos, sino también hacia dónde vamos. ¿Cuáles son las últimas tendencias internacionales en esta garantía de derechos? Y también, cuál es la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional.

De allí que se pueda titular a esta disertación como "habeas corpus en el constitucionalismo moderno". Si nosotros nos remitimos a los orígenes históricos de esta institución, podríamos aludir, aunque no de forma muy precisa, al Derecho Romano, específicamente al año 533 después de Cristo. Si uno revisa el Digesto, vamos a encontrar que existe una institución que se llama Interdicto de homine libero, que no es precisamente el habeas corpus que conocemos el día de hoy, pero que ciertamente era una institución procesal que tenía cierta similitud. En todo caso, ¿qué es lo importante destacar de esta fase embrionaria de la garantía de la libertad?

Recordemos nosotros que los filósofos antiguos, entre ellos Platón, justificaban la esclavitud.

Este es el primer punto de partida, entender que el hombre a lo largo de la historia no ha sido naturalmente igual, ni tampoco ha sido naturalmente libre, sino que ha tenido que luchar por la libertad y por la igualdad desde el principio. La Interdicto de homine libero se aplicaba únicamente para los hombres libres. Recordemos que, en el derecho romano, hasta cierto punto fue lícito, la institución de la esclavitud y la esclavitud por deudas.

En el Derecho foral aragonés, el Rey Alfonso, otorgaba unas partidas y dentro de estas partidas se estableció el llamado recurso de manifestación de las personas, que se tramitaba ante una autoridad que se llamaba la Justicia Mayor y que tenía como objetivo proteger la libertad de las personas que hubieran sido injustamente detenidas. Entonces, ¿qué es lo que destacaría? Qué el hombre siempre ha buscado tutelar, proteger y garantizar ese derecho a la libertad ambulatoria. Vamos a ver que adoptamos el nombre de la garantía de la libertad y le llamamos habeas corpus y no recurso de manifestación de personas. Y eso también tiene una explicación histórica muy interesante, ustedes recordarán que uno de los documentos históricos del constitucionalismo universal es la llamada Carta Magna Libertatum del año 1215, carta otorgada por el Rey Juan sin tierras a los nobles.

En esa Carta Magna Libertatum se reconoce también el derecho a la libertad, y la prohibición de detenciones arbitrarias por parte de la Corona. Recordemos que, hasta aquel momento, estábamos en una condición de monarquías absolutas en Europa. Entonces la Carta Magna de Libertad viene a ser el primer límite del poder monárquico, en este caso, para salvaguardar la libertad, y poco a poco el constitucionalismo inglés, pues se van proporcionando otros documentos que van reforzando esta idea, entre ellos la Petition of Rights de 1628, el Habeas Corpus Act de 1640.

Es de allí que nosotros heredamos la institución del habeas corpus y la forma en la que se entiende jurídicamente y procesalmente hablando el habeas corpus. No del derecho aragonés, no del derecho romano, si no

curiosamente del common law inglés. Tenemos otro antecedente importante que es la Constitución de Cádiz de 1812 que fue la primera Constitución de España, asimismo, un gran antecedente para América Latina, porque las Constituciones de América Latina se inspiraron muchísimo en la Constitución de Cádiz y en la Constitución de Estados Unidos de 1788.

¿Por qué son importantes estas dos constituciones? Bueno, la Constitución de Cádiz ha tenido influencia prácticamente en todos los países de América Latina, y en segundo lugar, es importante la Constitución de Estados Unidos de 1788, porque además de ser la Constitución escrita más antigua, es además una Constitución que en principio no traía una declaración de derechos, lo que nosotros conocemos como la parte dogmática. ¿Pero qué era lo curioso y lo que reflexionaron los federalistas? Que la Constitución estadounidense si traía la garantía de habeas corpus, es decir, no tenía el reconocimiento del derecho a la libertad ambulatoria, a la libertad personal, pero sí tenía el medio procesal, la garantía para hacer valer ese derecho. De allí la importancia de conocer los orígenes históricos de la garantía procesal de la libertad, que es el habeas corpus.

Para el jurista Domingo García, que ha estudiado mucho esta institución del habeas corpus, con la llegada del absolutismo a España, todas las bondades procesales del habeas corpus, empiezan un período de extinción que duraría siglos. En este proceso se deja de lado y se olvida por los pueblos la institución del habeas corpus. ¿Qué sucede en cambio en Inglaterra? En Inglaterra nos dice Domingo García, el habeas corpus evoluciona de forma lenta, pero segura, y jamás deja ni de existir ni de aplicarse, más aún en las colonias inglesas, donde se transmite el common law y, por ende, también el derecho de habeas corpus.

¿Qué sucede en cambio, con las colonias españolas? No sólo que se interrumpió por las vueltas a la monarquía, sino que, además, para el caso de las colonias españolas se crea el derecho indiano. Por lo cual este llamado recurso de manifestación de personas que era del siglo XIII del derecho aragonés, no es el habeas corpus que a nosotros nos llevó, sino que nos llegó el habeas corpus en la versión inglesa. Y hoy en día se podría decir inclusive que ese habeas corpus, que se inspiraba mucho en el common law

inglés ha mutado a los países de Latinoamérica, especialmente por las condiciones muy complejas de las dictaduras del Cono Sur.

Para el profesor argentino Néstor Sánchez, el derecho de habeas corpus es la partida de nacimiento del derecho procesal constitucional, del derecho procesal penal y el derecho procesal civil, así como de la teoría general del proceso. Entender que pueda haber un derecho procesal con unas reglas probatorias flexibles, con características menos formales, es entender, que existe un derecho procesal autónomo que debe ser estudiado por separado en civil y penal.

¿Y cómo nace esa dependencia del derecho procesal constitucional con el habeas corpus? Nace porque el habeas corpus es la primera garantía jurisdiccional histórica de todos los derechos. Esto lo recalca también el profesor mexicano y juez de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer MacGregor, quien dice que el habeas corpus constituía el único mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales durante el siglo XIX e inclusive la primera mitad del siglo XX, antes de la consagración del recurso de amparo, porque esta institución tuvo que irse extendiendo en su ámbito de protección a otros derechos y libertades fundamentales.

Esto es importante también, porque ustedes habrán escuchado que existen muchas tipologías, muchos tipos de habeas corpus, y esto también tiene una explicación histórica. Así, hablamos de un habeas corpus preventivo, correctivo, etcétera. ¿Ahora bien, por qué se le da tantas funciones al habeas corpus? La explicación histórica es muy sencilla, porque antes del amparo lo único que existía era el habeas corpus. El amparo vendría a ser una especie de acción de tutela y vendría a ser una acción de protección. Entonces, como no existía la acción de protección y lo primero que se tuvo fue el habeas corpus, esta figura asumió una función más amplia de la que en principio tuvo clásicamente, que era proscribir y tutelar que no se dieran detenciones ilegales o arbitrarias.

Hasta aquí hemos hecho un recorrido histórico interesante y lo podemos ir llevando a la historia constitucional ecuatoriana, teniendo en cuenta que la primera Constitución ecuatoriana que incluye el habeas corpus es la de

1929. Noten ustedes qué pasaba desde 1800 hasta 1929, simple y llanamente no existía habeas corpus. Luego, muchas constituciones desde 1945 hasta la de 1998 tenían como característica que el habeas corpus, se proponía ante una autoridad municipal y no como es ahora con la Constitución del 2008 que se interpone ante un juez constitucional. Obviamente esto tuvo que cambiar por la interpretación autorizada del Pacto de San José de Costa Rica por parte de la Corte Interamericana. Y de ahí que la Constitución del 2008 haya acogido el criterio de que quien debe definir la situación de libertad no puede ser una autoridad ejecutiva como un alcalde, sino que tiene que ser, en definitiva, un juez competente, independiente e imparcial.

Otro detalle interesante y que varía con la Constitución del 2008 es que en la versión original de la Constitución de 1929 no se preveía que con un habeas corpus se pudiera evitar interrumpir las decisiones judiciales. Lo que sí se puede hacer un habeas corpus según la Constitución del 2008. Otra cuestión importantísima que nos trae la Constitución del 2008 es que el habeas corpus pasa a ser una garantía jurisdiccional de los derechos y que, además la legitimación pasiva puede ser tanto una autoridad pública como un agente de derecho privado. Entonces es un detalle también bastante importante, a además que la Constitución del 2008, acogiendo un poco la tesis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, regula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La cuestión de que el habeas corpus no sirve únicamente para tutelar la libertad, sino también otros derechos, como la prohibición absoluta de la tortura, los tratos degradantes e inhumanos, la protección de la integridad física y otros derechos entre comillas conexos, es decir, otro tipo de derechos que estén asociados a la libertad. Es una institución procesal, abierta, como vamos a ver. Sobre el habeas corpus y el estado de excepción y en general el derecho de emergencia, me parece interesante resaltar, la opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Por qué? Porque esto impone un contenido mínimo a todas las constituciones de los Estados parte actuales o futuras y limita su potestad regulatoria.

Así vemos, como el artículo 165 constitucional permite al presidente de la República durante el estado de excepción limitar o suspender el derecho de la libertad ambulatoria. Pero, se puede limitar o suspender el derecho a la libertad, pero de ninguna forma se puede ni restringir ni suspender el mecanismo judicial para que se revise si una privación de libertad, aún en estado de excepción, fue apegada a derecho o no. Se puede restringir en casos de emergencia la libertad, pero jamás se puede restringir su medio de garantía y de vigilancia.

Por otro lado, me parece también importantísimo destacar la expansión jurisprudencial del habeas corpus. Nosotros tenemos que tener en cuenta, que durante las dictaduras del Cono Sur, en general, en toda América Latina, en su momento se produjo un fenómeno, muy particular, la desaparición forzada de personas; esto hizo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vaya ampliando jurisprudencialmente para que el habeas corpus sirva en su acepción más clásica, para obligar a la autoridad que ha detenido a una persona a ponerla en presencia de un juez dentro de las 24 horas siguientes a la detención.

La Corte Interamericana estableció que el habeas corpus debe servir por las especiales características históricas de nuestro continente para otros asuntos, entre los que controlar el respeto a la vida y a la integridad de la persona, impedir la desaparición forzada de personas, determinar el lugar en que se ha detenido a una persona, protegerla contra tratos crueles o degradantes, etcétera, ampliación que se realiza por vía jurisprudencial. Entonces, ya para ir resumiendo un poco, hay que tener en cuenta que el artículo 43 de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales nos dice que el habeas corpus tutela los derechos de vida e integridad física y otros derechos conexos, significa que el habeas corpus eventualmente puede servir para la tutela de otros derechos que estén íntimamente relacionados con la integridad física, la libertad ambulatoria y la vida.

Esto es importante porque le da cabida a lo que se conoce como el habeas corpus preventivo, es decir, un habeas corpus que se presenta para evitar una privación de libertad antes de que suceda. O inclusive para otro tipo de medidas, como una prohibición de salida del país. Es decir, el habeas corpus

procede tanto en contra de privaciones efectivas de libertad como de meras restricciones a la libertad. ¿En qué casos? En tres. Cuando sea una privación de libertad o una restricción de la libertad ilegítima, ilegal o arbitraria, dice la ley.

Siempre se ha hablado de que el habeas corpus se puede interponer, para frenar una privación de libertad que sea ilegal, contraria a las normas objetivas del derecho aplicable. O bien, cuando sea una detención que sea arbitraria. ¿Y ustedes se preguntarán cuál es la distinción relevante entre ilegalidad y arbitrariedad? Normalmente se utilizan como cuasi sinónimos, pero es cierto que se han hecho algunas precisiones. Puede darse una detención que sea legal, pero que igualmente sea arbitraria. Es decir, una detención que cumple con los requisitos formales establecidos en el Derecho, pero en cambio es arbitraria porque no cumple con el test tripartito de proporcionalidad.

Es decir, puede ser formalmente legal, pero no es necesaria, ni idónea, ni estrictamente proporcional. Entonces, cuando se habla de ilegalidad, se habla de contravenir las normas expresas del ordenamiento jurídico. Cuando se habla de arbitrariedad, la Corte Constitucional dice que se trata de una privación de libertad ordenada caprichosamente por la mera voluntad. Y finalmente nos dice, cuando se habla de ilegitimidad nos referimos a una orden que es ejecutada por alguien que no tiene competencia para aquello. Pero insisto, para mí esta definición es bastante pobre en términos conceptuales.

Más bien, yo les diría que una privación de libertad arbitraria se caracteriza, al menos por no contenerse una motivación jurídica suficiente, no haber sido expedida por autoridad competente o no superar el test de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Esto lo desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palau Mary Iribarne versus Chile, en una sentencia del 2005, y para mostrarles el ejemplo arbitrariedad, les podría mencionar las detenciones o las privaciones de libertad por motivos puramente discriminatorios, como perfiles raciales o el origen nacional, se trata de un caso estrictamente arbitrario; otro ejemplo puede ser la

utilización de la prisión preventiva como regla general, y no como de última ratio, o cuando la prisión preventiva es decretada sin necesidad.

En Ecuador tenemos también el habeas corpus judicial. Es decir, la posibilidad de interrumpir, en medio de un proceso penal, una medida cautelar de prisión preventiva por medio de un habeas corpus. Y se llama habeas corpus judicial porque interrumpe una orden judicial. Justamente no, por lo que es muy criticado dentro de la legislación ecuatoriana, en ese sentido, vamos a ver que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales lamentablemente no tiene una correcta regulación sobre el asunto.

Ya para finalizar, recuerden ustedes que ninguna garantía jurisdiccional, salvo la extraordinaria protección, puede interponerse en contra de órdenes judiciales, porque en principio, el juez es garante y tutela los derechos de las personas. Entonces, la única excepción, la única garantía jurisdiccional que te permite impugnar una decisión judicial en curso, es el habeas corpus, justamente para el caso de la prisión preventiva. ¿Qué es lo que sucede en la práctica? Que existe un mal entendimiento. ¿En qué sentido? En el sentido de que en el curso del proceso penal se puede pedir la revocatoria de la medida cautelar de la prisión preventiva o se puede pedir también una sustitución, que inclusive nos permite apelar ante un tribunal superior.

En la práctica, pues los abogados no suelen pedir una sustitución o una revocatoria, ni mucho menos agotar el recurso de apelación, sino que directamente ejercen la acción de habeas corpus. Entonces ahí ya tenemos un primer gran desafío que lamentablemente las competencias de la justicia penal se ven opacadas o en concurrencia con las de la justicia constitucional ya que no existe un adecuado mecanismo de interacción. ¿Por qué el habeas corpus, y por qué no una revocatoria y eventualmente una apelación de la prisión preventiva ante un tribunal superior?

Otro criterio también muy interesante, es que se puede utilizar el habeas corpus para la despenalización, por ejemplo, por parte de la Corte Constitucional el caso de aborto por violación. ¿Qué puede hacer una mujer que está cumpliendo una condena por aborto o por violación? Podría hacer dos cosas. Podría proponer un habeas corpus o podría ir ante el juez de

Garantías Penitenciarias a solicitar su excarcelación. Entonces, de nuevo, vean cómo se dividen esas competencias judiciales. No quiero abusar de la bondad de quienes me han invitado, simplemente dejando atrás los aspectos procesales, que sin duda son muy, muy interesantes y muy importantes, quiero referirme ahora hacia el futuro. Ya hemos visto como hemos tenido que luchar históricamente también en América Latina por la tutela del derecho a la libertad y su garantía procesal, ¿no? Y es que ciertamente, la historia del constitucionalismo y la historia del hombre no parte de la igualdad y de la libertad. No, en el constitucionalismo existieron invisibles. La mujer no podía ser propietaria en cierto momento, la mujer no podía votar. En el constitucionalismo estadounidense se decía que los indígenas y afroamericanos no tenían alma, por lo que estaba totalmente justificada la esclavitud.

El profesor Farith Simon, de la Universidad San Francisco de Quito, sostiene que los derechos del artículo 71 de la Constitución consagra los derechos de la naturaleza, pero habla de los derechos de la naturaleza como un colectivo común, donde todo tiene derecho a regenerarse, a mantener ciertas condiciones, pero que no existen derechos de los animales en concreto, individualmente considerados. Entonces ahí podría haber una tesis principal para la resistencia a considerarles sujetos de derecho. Pero, aunque se acepte esta tesis, se podría decir -sin ningún problema- que, aunque sean objetos del derecho, son seres sintientes y moralmente relevantes. Y sería factible que una persona humana física solicite un habeas corpus en tutela de un animal que está siendo, mantenido en condiciones degradantes, etcétera. Pero esa es la discusión del habeas corpus en los términos más modernos, y hasta donde podemos ampliar esta garantía.

MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y ORDINARIA

MSc. Carlos Julio Chagcha Solis¹
Docente tiempo completo Universidad de Otavalo
Mayo 27, 2021

¹ Docente a tiempo completo en la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Abogado por la Universidad Técnica de Ambato, Máster en Derecho de la Empresa, asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal, maestrante del programa de Maestría en Derecho, mención Gestión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Sede Ambato y mediador acreditado por el Consejo de la Judicatura.
cchagcha@uotavalo.edu.ec

MECANISMOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y ORDINARIA

Introducción

El paso del monismo al pluralismo jurídico tiene arraigado una serie de procesos evolutivos propios, entre ellos, el reconocimiento de la justicia indígena; que acarrea en sí, la existencia de un sistema de administración de justicia distinto al ordinario. Partiendo entonces de la inminente coexistencia de varios sistemas de justicia en un Estado, es importante y necesario realizar una reflexión que permita determinar aquellos aspectos que coadyuvan a la aplicación de cada uno de estos sistemas en respeto a los ordenamientos jurídicos vigentes, jurisdicción y competencia; así como, la necesidad de establecer mecanismos eficaces de coordinación y cooperación para el ejercicio de la justicia.

De este modo, para encaminar la ponencia planteada se ha propuesto realizar un análisis partiendo del reconocimiento constitucional de la justicia indígena en el Ecuador, iniciando un breve recorrido por el origen para llegar a determinar la actualidad normativa señalada en la Constitución de 2008; con lo cual, será posible determinar las características esenciales de la justicia indígena; necesarios para plantear aquellos mecanismos de coordinación y cooperación para la coexistencia de este sistema jurídico con el ordinario, realizando un resumido análisis de derecho comparado con ordenamientos jurídicos de la región y por último realizar un enfoque de los conflictos generados entre la jurisdicción indígena y ordinaria a partir de la jurisprudencia generada a nivel nacional.

Desarrollo

I. Reconocimiento Constitucional de la justicia indígena.

Para comprender el génesis del reconocimiento de la justicia indígena en el Ecuador, es indispensable citar algunos antecedentes históricos, de este

modo, se puede determinar que incluso desde la colonización española, a través de la denominada Ley de Indias promulgada en 1542 se puede evidenciar, aunque de forma muy ambigua, el reconocimiento de la justicia indígena; en la que señalaba que “En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos”. Acercándonos a la edad moderna y producto de la lucha social de los pueblos indígenas perpetrada a través de la historia se puede considerar “La Carta de Garantías Social de 1948” y el convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como aquellos instrumentos normativos que incentivaron el fortalecimiento del movimiento indígena en el Ecuador.

De este modo, y conforme al reconocimiento social del movimiento indígena de la década de los 80’ - 90’ y en respeto a sus derechos, costumbres y tradiciones se plasma en la Constitución Política del Ecuador de 1998 por primera vez el reconocimiento de la justicia indígena tipificando en su Art. 191 ... “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

En la actualidad y en atención a los antecedentes señalados, la Constitución de la República del Ecuador expedida en el año 2008, reconociéndose como un Estado intercultural y plurinacional reconoce la justicia indígena como un sistema de hacer justicia, otorgando a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades la autoridad de ejercer las funciones jurisdiccionales garantizando las decisiones que en apego a sus tradiciones, derecho y procedimiento propio puedan resolver conflictos internos; determinando que ... “la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria”; sin existir al día de hoy ley que emane de forma expresa dichos mecanismos.

II. Características de la justicia indígena.

La determinación o delimitación de las características propias de la justicia indígena es indeterminada, por cuanto en el Ecuador existen 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, cada una de ellas con costumbres, tradiciones, derecho y procedimientos propios para la aplicación de justicia en los conflictos internos, generando límites invisibles de aplicación y limitando la posibilidad de establecer norma expresa respecto de la aplicación jurisdicción indígena; pudiendo considerar únicamente que la justicia indígena se aplica de forma oral y se fundamenta en el carácter vivencial. En este sentido, y entendiendo la justicia indígena como aquel sistema idóneo para resolver conflictos en estos territorios, Raúl Ilaquiche emite su criterio señalando que esta forma de hacer justicia "... aplica una justicia imparcial, sin corrupción ni gastos y sin la lentitud reinante en la actualidad, el pueblo participa en el juzgamiento, la sanción indígena es menos gravosa- económica, más familiar y social que la administración de justicia ordinaria; consiguientemente tiene principios y características propias y diferentes".

III. Coordinación y cooperación.

Con los antecedentes señalados, el análisis constitucional de la justicia indígena y lo determinado en el art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, es menester realizar un análisis exhaustivo respecto de la necesidad de coordinación y cooperación entre jurisdicción indígena y ordinaria para la coexistencia de estos sistemas de justicia; y para que además esta coexistencia sea en respeto de la normativa especialmente de derechos humanos.

Dentro de la legislación nacional se ha establecido de forma concreta que la ley ha de establecer aquellos mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, sin embargo de ello cabe hacernos la pregunta: ¿qué ley?, pues del estudio de los ordenamientos jurídicos que reglan la justicia en el Ecuador no se ha podido evidenciar de forma concreta cuales son aquellos mecanismos que blindan aquellos conflictos jurisdiccionales, competenciales y de violación de derechos; evitando de

este modo, incertidumbre e inseguridad jurídica de las decisiones que de la aplicación tanto de uno u otro sistema de justicia pueda resultar.

Del análisis realizado a la normativa nacional, lo único que se ha establecido como mecanismo de cooperación y coordinación entre jurisdicciones, es el señalamiento facultativo a la Corte Constitucional de realizar el control a las decisiones que se tomen en el seno de las comunidades, estableciendo incluso en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Social la institución jurídica de acción extraordinaria de protección frente a las decisiones emanadas en la justicia indígena, sin embargo de ello, es preciso señalar que únicamente se han realizado pronunciamientos y dictado sentencias en cuatro ocasiones; de las cuales se han generado una serie de conflictos entre la jurisdicción indígena y ordinaria, que han hecho más evidente aún la necesidad de establecer criterios expresos sobre la cooperación que debe existir entre los sistemas de justicia, un claro ejemplo de lo mencionado es la emblemática sentencia N° 113-14 del caso La Cocha en la que declara ha el riesgo intromisión de la justicia ordinaria en una decisión en la jurisdicción indígena, pese a perpetrarse vulneración a los derechos fundamentales inherentes a las personas, la legítima defensa; entre otros, en esta sentencia se señala que en caso de violación los derechos fundamentales será única y exclusivamente de su sustentación la jurisdicción ordinaria; generando jurisprudencia que podría ser considerada como la colaboración y cooperación entre las jurisdicciones analizadas.

Es necesario generar un criterio respecto de los mecanismos de coordinación y cooperación de las justicias ordinarias e indígenas en los países de nuestra región con similar estructura constitucional que la del Ecuador, en este sentido, es preciso señalar a Bolivia, que a más de reconocer la justicia indígena en su Carta Magna ha establecido la Ley de Deslinde Jurisdiccional, a través de la cual se regula las actuaciones de jurisdicción indígena, y se ha establecido los mecanismos eficientes para la coexistencia con la justicia ordinaria, sin que esto signifique la vulneración de derechos o el irrespeto a las costumbres y tradiciones propias de cada comunidad indígena; de igual forma, Venezuela a través de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas ha establecido criterios de forma

expresa respecto de la aplicación y delimitación de las actuaciones de la jurisdicción indígena.

Si bien es cierto, han existido una serie de propuestas para la promulgación de una ley que evidentemente establezca los mecanismos de coordinación y cooperación en el Ecuador, la última fue aquella Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria propuesta en el 2010 por la asambleísta Lourdes Tibán, misma que fue aprobada en su segundo debate, pero que para asombro de muchos no siguió con su tratamiento legislativo y al día de hoy se encuentra archivada; deberemos considerar entonces la ponderación que se debe hacer respecto de los mecanismos utilizados (capacitación a servidores de la función judicial) y considerar si lo determinado en el Código Orgánico de la Función Judicial respecto a la cooperación y coordinación es efectivamente eficaz

Conclusiones

De lo expuesto, se puede concluir que desde su origen la justicia indígena ha coexistido con la justicia ordinaria, necesitando desde ese entonces de mecanismos que permitan su coexistencia, sin que esto signifique vulneración o desconocimiento de la pluralidad reconocida en la Constitución, sin embargo, al día de hoy el Estado ha posicionado a la Corte Constitucional del Ecuador como el único mecanismo de cooperación y coordinación de la jurisdicción ordinaria con la indígena.

Es necesario el señalamiento de mecanismos que permitan la cooperación y colaboración efectiva entre estas jurisdicciones que admitan ejercitar los principios básicos de justicia y brinden de esta forma seguridad jurídica de las decisiones que las autoridades conforme a sus atribuciones puedan emitir; dirimiendo aspectos esenciales respecto de los derechos fundamentales y que puedan servir para ser un verdadero Estado garantista de derechos.

Deberemos comprender también que cualquiera sea la naturaleza de los mecanismos, sean normativos, jurisprudenciales, institucionales o cualesquier otra; se entenderá como necesarios, útiles y conducentes para la coexistencia de la jurisdicción indígena y ordinaria en un aparataje judicial que genera más de una duda; pero sobre todo, que permita consolidar la interculturalidad y plurinacionalidad que configura al Ecuador como un estado de derechos.

Referencias bibliográficas

- García, C. Y. C., & Carrillo, J. P. C. (2016). Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. *Revista Ratio Juris*, 11(23), 155-188.
- González, A. L., Armas, T. O., & Poblete, P. A. C. (2019). LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR: EL CASO DE LA COMUNIDAD DE TUNTACTO. *Prisma Social*, (27), 1-19
- Ocampo, E. D., & Sánchez, A. A. (2016). El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador. *Temas Socio-Jurídicos*, 35(70), 95-117.
- Ruilova Saritama, V. V. (2016). *La necesidad de Deslinde Jurisdiccional y mecanismos de coordinación y cooperación entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena* (Bachelor's thesis, Quito: UCE).
- Tapia León, M. A. (2016). *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena* (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS DEL SIGLO XIX A PARTIR DE UN ESTUDIO DE JUICIOS DEL CANTÓN OTAVALO.

Andrea Carolina Subía Cabrera¹

¹Abogada de la República del Ecuador. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata. Docente investigadora de la Carrera de Derecho, Universidad de Otavalo. Correo electrónico: asubia@uotavalo.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>.

LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS DEL SIGLO XIX A PARTIR DE UN ESTUDIO DE JUICIOS DEL CANTÓN OTAVALO

Introducción:

En el año 1830 se funda la República del Ecuador como nuevo Estado independiente de la Gran Colombia, cuya proyección fue la conformación de un Estado post-colonial, es decir, fue una nueva etapa con independencia de las colonias españolas, sin embargo, vestigios de los grupos de poder persisten y se fortalecen en la nueva nación, lo que llega a convertirse en algunas de las razones de retroceso en un proceso de homogenización y fortalecimiento de un Estado, en su proyecto nacional.

En el caso de Ecuador la hegemonía del Estado cambió de las manos de los terratenientes a las de la burguesía mercantil con la integración del país al sistema capitalista, y de la independencia de España a la dependencia con Inglaterra y Estados Unidos (Ortiz, 1988).

Durante la época republicana de independencia en el Ecuador existieron dos clases dominantes de la época (los conservadores que defendían el latifundismo, y los liberales con la burguesía comercial), sin embargo, a pesar de los conflictos y contradicciones que mantenían, su objetivo de inclusión del Ecuador al mercado mundial los unía; de esa forma crearon colaboraciones y alianzas en medio de sus diferencias, un punto clave en el fortalecimiento del Estado recientemente institucionalizado.

Sin embargo, eso nos permite comprender que existió una estructura política que protegía los intereses de las clases dominantes, se excluía al resto de la población; la jerarquía social produjo limitaciones en la conformación de un Estado nacional (Ortiz, 1988).

Con lo antecedente, en base a la investigación documental realizada por el Instituto Otavaleño de Antropología del año 2019 cuyo estudio sociológico se centra en 70 procesos judiciales en el cantón Otavalo, en la presente memoria se describen las relaciones interétnicas, sociales y jurídicas a partir

de los casos. Finalmente, se realiza una breve sinopsis de las 11 constituciones ecuatorianas del siglo XIX.

Desarrollo:

El sistema jurídico ecuatoriano se caracteriza por reconocer al Estado pluralista de derechos en base a la costumbre como fuente principal del derecho consuetudinario de pueblos y nacionalidades indígenas (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en este sentido se reconoce el Estado plurinacional e intercultural desde el año 1998 (Constitución de la República del Ecuador, 1998), lo que ha implicado una deconstrucción y un giro decolonial.

Este camino, ha sido un proceso histórico de luchas y reivindicaciones sociales de los grupos sociales a nivel nacional, uno de los cuales es la población indígena. El cantón Otavalo, se encuentra ubicado en la región sierra norte del Ecuador, dentro de la provincia de Imbabura, la mayoría de su población pertenece a la etnia indígena que conforma el pueblo kichwa Otavalo (Subía, 2018).

Conforme el estudio realizado por Mantilla, Hernández y Jurado (2019) titulado "La población indígena en Otavalo en el siglo XIX según sus estudios judiciales" se presentan los procesos judiciales de la época dentro del cantón. A continuación, se describen las ideas más importantes:

Dentro de los procesos judiciales las partes procesales fueron: a) alcaldes municipales, b) protectores de indígenas, c) tenientes políticos, y d) curacas. Los dos alcaldes, por cantón, además de sus funciones administrativas ejercían funciones de jueces, junto a sus consejeros. Posteriormente, se instaura el poder judicial con jueces de lo civil que conocen de acciones legales (Mantilla, 2019).

La figura del protector de indígenas, data desde el año 1828 hasta 1854, constituía el defensor y asesor de la población indígena cuando existía exceso y abuso de poder; la eficacia del cargo y la gestión (celeridad e impulso procesal) dependía de la persona que ejercía el cargo.

No obstante, como lo señalan Mantilla et. al. (2019) el pueblo indígena kichwa otavalo acudía a la justicia estatal sin intermediario de ser necesario, es decir, se accionaba en contra de otra persona ante el poder judicial como un mecanismo de reivindicación social.

En relación a los tenientes políticos o de parroquia, constituían sucesores de los corregidores, su etnia fue blanca o mestiza, ejercían funciones de cobro de forma coactiva de impuestos o contribuciones, eran jueces en casos de menor cuantía y vigilaban el orden público (Guerrero, 1990; Moscoso, 1989, cit. por Mantilla 2019).

Y, los curacas y caciques fueron actores dentro de los primeros años de la República ecuatoriana, funcionarios estatales y representantes del pueblo kichwa otavalo, provenientes de familias indígenas con estatus social alto, tal como lo señala Ayala (1991) citado por Mantilla et. al., (2019) la recolección de impuestos estuvo a cargo de los caciques, hasta el año 1857.

Dentro de los juicios del siglo XIX del cantón Otavalo se encontraron diversos tipos de causas, entre las cuales se destacan: 1. Abuso de poder de autoridades (tenientes políticos), 2. Sucesiones o herencias, 3. Sistema de hacienda con el concertaje, 4. Despojo, 5. Injurias, y 6. Violencia.

1. Abuso de poder de autoridades

En el año 1852, María Peñaquishpe demanda a su hierno Rumaldo Caranqui, por despojo, ya que el demandado en su calidad de teniente político junto a otra persona de etnia blanca, se apropiaron de su terreno, con uso de la fuerza.

Según Mantilla et. al., (2019) señalan que existieron múltiples casos de abuso de poder dentro de la relación interétnica entre población indígena y población mestiza o blanca, generalmente producto de la relación de asimetría social desde la colonia, en la que según Ayala (1994) los indígenas ocupaban los escaños más bajos; pero, los procesos judiciales significaron estrategias de resistencia social y confrontación.

Por ejemplo, en el año 1857, en el caso de Justo Cóndor en contra del teniente político Antonio Morillo de una parroquia en Cotacachi, en el

proceso existió un supuesto robo de bienes muebles hacia Antonio Morillo, sin embargo, se demuestra en la fase de prueba que Justo Cóndor era inocente, por lo mismo, es reparado con una compensación económica en un valor aproximado en la actualidad de \$ 8000, 00 USD.

2. Sistema de hacienda o concertaje

El sistema de hacienda fue el modelo económico, cultural, político y de producción de la época, dentro del contexto de relaciones asimétricas, por la jerarquía étnica y social, existieron casos en los que un indígena dentro del contrato de concertaje (sistema de pago de una deuda a través del trabajo) demandó a su patrono de hacienda por exceso de poder.

Por ejemplo, en el año 1857 en el caso del indígena Ventura Perugachi se demandó al patrono de la hacienda Perugachi, señor Juan Freile, por golpearle con 25 azotes, ya que Ventura al haberle cancelado la deuda a Juan Freile, y liberarse como tejedor de la hacienda, más tarde ya en su casa fue obligado a regresar a la hacienda, y, entre látigos se le devolvió su dinero; Ventura por temor, regresa a su antiguo estado como indígena concierto (Mantilla et. al., 2019).

Estas formas de producción y trabajo análogas a la esclavitud, por la explotación laboral, finalizan con la revolución liberal de 1895 a 1912, reforma liberal que fue instaurada en la Constitución de 1906.

3. Violencia

En el contexto de las condiciones sociales asimétricas dentro del sistema de hacienda, ocurrieron diversos casos de violencia no solo económica, característica desde la colonia, como lo señalan Ansaldi y Giordano, (2012) existió violencia física, sexual y simbólica en contra de la población indígena.

4. Sucesiones o herencias

Las sucesiones o juicios de herencias constituían procesos demorosos en la resolución de la causa, fuera del sistema de hacienda, la población indígena adquiría y emitía su propiedad a sus sucesores. El modo de transmisión de las herencias fue a través de testamentos, mediante esta estrategia la

población indígena logró heredar las propiedades a sus familiares. En algunos casos judiciales de sucesiones, el tiempo fue enormemente demoroso. Por ejemplo: en el año 1733 se emite el testamento de los indígenas Gregorio Cunicagua y Gaspar Cabascango, pero el caso es resuelto hasta el año 1849, un siglo más tarde.

5. Despojo

Existieron casos por despojo, entre personas de la misma etnia, o con personas de etnia mestiza y blanca, etc., quienes intervinieron para la resolución fueron los tenientes políticos y protectores de indígenas.

6. Injurias

Finalmente, de los juicios que se conocían se encuentra a la injuria, la ofensa al honor entre personas cercanas, familia o amigos, fue uno de los temas en discusión dentro de la revisión documental.

En relación a la historia de las constituciones políticas del siglo XIX dentro del Estado ecuatoriano que desde 1830 es una república independiente, cabe precisar lo siguiente:

El 23 de septiembre de 1830 el Estado ecuatoriano, cuya presidencia estuvo a cargo del venezolano Juan José Flores, instituye la primera Constitución denominada Carta Magna, que en su preámbulo cita textualmente: "En nombre de Dios, autor y legislador de la sociedad" (Constitución de la República del Ecuador, 1830, p. 1), y a continuación en su artículo nº 8 establece: "la Religión Católica, Apostólica, Romana es la religión del Estado..." (Constitución de la República del Ecuador, 1830, p. 1).

Lo cual, nos permite dilucidar que la ideología religiosa dominante fue un vestigio de la colonización española, como resultado de la adaptación los grupos de poder mantenían la creencia de la religión católica hasta ese momento histórico.

Por lo cual, al ser un texto conservador, el desarrollo como república ecuatoriana independiente fue débil por los grupos de poder e instituciones que el Estado protegía, en referencia a la relación Estado-Iglesia, la iglesia

mantuvo un monopolio ideológico, existió un respaldo absoluto hacia la iglesia católica, el catolicismo fue la religión oficial del Estado, uno de los requisitos de ciudadanía fue profesar la religión católica.

A la Iglesia se le había entregado el dominio de la propiedad de las tierras, la recaudación del tributo indígena y del diezmo, los medios de comunicación, bibliotecas, imprentas, beneficencia, la educación, analfabetismo, el registro de los nacimientos, defunciones, matrimonios, estuvieron en manos de la Iglesia (Ayala, 1994).

Además de que, en el transcurso del tiempo han aparecido varios factores endógenos que han cambiado la institucionalidad de la Iglesia Católica como ente de poder en Ecuador. Por ejemplo, en las luchas sociales y de reivindicación social de pueblos y nacionalidades contra el tributo indígena, así como, contra el sistema de hacienda que los ponía en situación de desventaja y precariedad, así se pudieron revisar casos judiciales en el cantón Otavalo.

En el contexto nacional de la época del Ecuador Republicano, se resalta la relación Estado – Iglesia, se mantuvieron características que permitían el desarrollo y consolidación del sistema opresor eclesiástico entre las clases sociales de la época. Especialmente en el sistema de hacienda: los terratenientes y/o latifundistas se hallaban amparados por la iglesia católica; el monopolio de las tierras se encontraba bajo propiedad de la iglesia, con el dominio de la misma se había implantado la recaudación del tributo indígena, aduana, estanco y diezmos (Ayala, 1994).

El Estado ecuatoriano entregaba a la iglesia las dos terceras partes del rendimiento decimal de sus ingresos; la iglesia católica como institución tenía el dominio de la educación, beneficencia, medios de comunicación y expresión, bibliotecas e imprentas, realizaba las actividades propias de un registro civil: información de ciudadanos, nacimientos, matrimonios, defunciones, etc. (Ayala, 1994).

La cuestión del proyecto “nacional” se radicó principalmente en la delimitación de lo territorial, lo que tuvo un fuerte impacto en el desarrollo económico regional desigual del Estado, las regiones se dividieron en las

principales metrópolis Quito, Guayaquil y Cuenca. En las mismas se concentraban los medios de producción y comercio, lo que impedía una mayor redistribución de la riqueza e ingresos al resto del país, adicional a ello, la falta de carreteras que unieran las distintas regiones del país, impedía una comunicación oportuna, para el comercio y distribución de productos a nivel nacional (Ycaza, 2000).

En relación a la institución del Municipio cumple un papel importante, fue una instancia de poder local que organiza servicios públicos, pero además aglutina los intereses seccionales que mantuvo un sistema político centralizado ya que el gobierno municipal cumplía la agenda e intereses del gobierno central. Cabe resaltar que, el proyecto político monocultural dentro del Estado nacional permitió que se conservaran los privilegios de la clase terrateniente (patronos de hacienda) que sometiera a la población indígena para su sometimiento (Ycaza, 2000).

Dentro de los procesos judiciales del cantón Otavalo se muestra la monopolización de la tierra en manos de familias terratenientes junto a la Iglesia con la apropiación del trabajo indígena a través del concertaje, lo cual, definitivamente imposibilitaba el desarrollo productivo del Estado; lo que generó inconformidad con el gobierno, produciéndose constantes crisis políticas, sublevaciones y revoluciones (Ycaza, 2000).

A decir de Wilhelmi (2011): "la realidad de Ecuador ha sido atravesada por históricas dinámicas de desigualdad y exclusión, de ahí que los textos constitucionales (...) se orienten con decisión como proyectos de emancipación social" (p. 6).

Las Constituciones ecuatorianas de 1830, 1843 y 1869 conservaban una ideología autocrática-teocrática, en un apoyo total al catolicismo, inclusive la ciudadanía se concedía a personas que cumplían el requisito de profesar la religión católica.

No obstante, la Constitución del año 1884, que se denominó progresista, por los avances económicos, sociales y políticos que intentaba introducir en el Estado, aunque en su preámbulo invoca a Dios como "autor y legislador del Universo" y a la religión católica como oficial (Constitución de la

República del Ecuador, 1884, Art. 1) elimina como requisito para ser ciudadano ecuatoriano el profesar la religión católica.

El Progresismo ecuatoriano se consolida a finales del siglo XIX, bajo la presidencia de Antonio Flores Jijón, con el respaldo de grupos sociales políticos que no mezclaban la religión con la política, sino bajo la ideología de modernización del Estado junto al sistema educativo popular obligatorio, se intenta separar la relación Iglesia-Estado, de esa forma en el año 1888 se elimina el diezmo, no obstante, el analfabetismo estuvo a cargo de grupos religiosos.

Finalmente, en el siglo XIX año 1897 se promulga una nueva Constitución denominada liberal, en su preámbulo se afirma al soberano: “el pueblo ecuatoriano”, en la que, dentro de los requisitos de la ciudadanía, no incluyó ser católico (Constitución Ecuatoriana, 1897).

Inicia una etapa del liberalismo pragmático, se permite la generación de una ruptura controlada de la relación Iglesia-Estado, con lo cual, el Estado retoma el dominio sobre esferas que manejaba la Iglesia entre ellas: la educación, beneficencia, cementerios, la creación del registro civil y promulgación de las leyes de matrimonio civil, divorcio, ley de cultos, la iglesia y la administración de sus bienes. Un punto importante fue el despojo sobre el sistema de hacienda, con lo anterior, se instaura un Estado laico, con una educación secular (De la Torre, 2008).

Los siguientes períodos de dictaduras, retorno a la democracia, desarrollismo y el denominado progresismo en el Ecuador, bajo el neoconstitucionalismo, permitieron la creación de garantías constitucionales en favor de los derechos humanos, derechos de la naturaleza, derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y de sectores socialmente vulnerables.

Concluyendo así, que los factores endógenos propios de cada época que ha vivido la República del Ecuador desde su creación hasta la actualidad, permitieron la existencia de un fuerte sesgo patriarcal-autoritarista, que fue mermando frente al actual sistema estatal de derechos y garantías fundamentales.

Cabe resaltar que, aunque han transcurrido aproximadamente dos siglos, el 20 de octubre de 2008 se promulga la última Constitución ecuatoriana, el artículo 1 caracteriza al Estado como: "constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...la soberanía radica en el pueblo" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 1), con lo cual, los contextos y realidades que se han presentado en Ecuador a través del tiempo han permitido el perfeccionamiento de los derechos y garantías constitucionales que promulgan la libertad de expresión, pensamiento y religión analógicamente a la libertad ideológica, que los Estados proclaman.

Conclusiones:

Con lo anteriormente citado, del análisis de la época republicana del Ecuador se pueden entender las causas del débil desarrollo y consolidación política en los inicios como Estado independiente, existieron vestigios de instituciones de poder que se mantenían desde la colonia como fueron la Iglesia y el Ejército junto con toda su influencia ideológica, y en el ejercicio de su poder controlaron el poder político, influyendo en la toma de decisiones estatales, acentuaron la existencia de las clases dominantes junto con el proyecto político nacional monocultural para consolidar la clase terrateniente que sometió a la población indígena, bajo ideologías de trabajo semejantes a la esclavitud.

Los juicios del siglo XIX del cantón Otavalo exponen la estrategia de reivindicación social de la población indígena en relación a temáticas como: abuso y exceso de poder de autoridades locales, juicios de herencias, despojo, violencia física, entre otros.

En el siglo XIX se promulgaron 11 constituciones políticas en Ecuador, algunos textos fueron conservadores y liberales, con una vigencia de 1 a 9 años entre unas y otras, varias de las cuales legitimaban dictaduras presidenciales, bajo ideologías autoritarias.

A pesar del Estado centralista y autoritario en el contexto judicial y formal para la población indígena, además de poseer su justicia propia, demandar a otro sirvió como mecanismo de resistencia y reivindicación social que

ahora los conocemos como derechos colectivos, actualmente, es un Estado que propugna la diversidad, interculturalidad y pluralidad jurídica.

Referencias bibliográficas:

Ansaldi, W. y Giordano V. (2012). América Latina: La Construcción del orden.

Ayala, E. (1994). Historia de la Revolución Liberal Ecuatoriana, pp. 203-242.

Constitución Ecuatoriana, 23 de septiembre de 1830, Art. 1-8, encontrado en diciembre 2015 en:

http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf

Constitución Ecuatoriana, 13 de febrero de 1884, Art. 1-13, encontrado en diciembre 2015 en:

http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf

Constitución Ecuatoriana, 14 de enero 1897, Art. 1-12, encontrado en diciembre 2015 en:

http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1897.pdf

Constitución Ecuatoriana, 20 de octubre 2008, Art. 1-66, encontrado en diciembre 2015 en:

http://ecuadorforestal.org/wp-content/uploads/2010/05/CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR_20081.pdf

De la Torre, C. (2008). Populismo y liberalismo ¿dos formas de entender y vivir la democracia?, Ecuador.

Mantilla J. Hernández, L. Jurado, F. (2019). "La población indígena en Otavalo en el siglo XIX según sus estudios judiciales". Otavalo: Instituto Otavaleño de Antropología. ISBN 978-9942-772-08-4

Ortiz, G. (1988). La Incorporación del Ecuador al Mercado Mundial, 1988, pp. 85-87

Subía, A. (2018). "Análisis del tratamiento en Ecuador de la trata infantil con fines de explotación laboral durante el periodo 2008 al 2017 ". Disertación de maestría. Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Ycaza, P. (2000). Poder central y poder local en el periodo republicano, Ecuador.

Wilhelmi, M. (2011) NUEVO CONSTITUCIONALISMO, DERECHOS Y MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES DE ECUADOR Y BOLIVIA. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3691197>

ANÁLISIS SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR

Elizabeth Maldonado Erazo¹

Sub directora de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo

Mayo 27, 2021

¹ Abogada por la Universidad de Otavalo. Magister en Derecho Constitucional. Candidata a PhD en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata. Docente investigadora y Sub directora de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Coordinadora del Proyecto de Vinculación con la Sociedad Consultorio Jurídico Gratuito de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Autora de varios artículos científicos, regionales y capítulos de libros.

1. ANÁLISIS SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR

Introducción

Es importante analizar los últimos cambios que se han dado con relación al pluralismo jurídico y la justicia comunitaria en el Ecuador y como no en otros países de la comunidad Andina. Al respecto, es sustancial desarrollar un balance crítico del impacto del Convenio 169 de la OIT y sus repercusiones en el ámbito del pluralismo jurídico y la justicia comunitaria en Ecuador, puesto que constituye un desafío complejo.

Desarrollo

Durante el siglo XX, muchos países ni siquiera reconocían que a lo interno de sus territorios existían pueblos indígenas u originarios. La huella y la herida colonial simplemente estaban vigentes a través de varios sucesos de discriminación y marginación.

La época en que se aprueba el Convenio 169 de la OIT coincide con el auge neoliberal y el multiculturalismo en la región, pero también con la emergencia a la escena política de un vigoroso movimiento indígena.

Por lo que, surgen las siguientes interrogantes: ¿Ha cambiado la situación de los pueblos indígenas desde entonces hasta ahora? ¿Se han reconocido su condición de pueblos y culturas diferenciadas, y junto con ello, de sus instituciones, autoridades y prácticas de administración de justicia? ¿Ha sido suficiente impulsar cambios en el campo jurídico para afectar una matriz colonial de poder que excluye, invisibiliza y controla al mismo tiempo?

Sin duda las respuestas a fondo a estas y otras interrogantes rebasan lo determinado en la norma fundante básica es decir en el texto Constitucional. Apenas se pretende desarrollar un primer esbozo de la situación, a manera de un balance urgente.

Por lo que, al respecto, la interrogante central que anima estas líneas gira en torno a, ¿Cuáles son los principales avances y dificultades existentes en

torno a la justicia comunitaria y el pluralismo jurídico a raíz de la ratificación y vigencia del Convenio 169 de la OIT?

Para responder a esta pregunta, es necesario analizar una panorámica y retrospectiva. Por lo que me he basado en tres ítems centrales:

a) Situación de los pueblos indígenas antes de la aprobación del Convenio 169 de la OIT de 1989.

En la fase pos colonial y en el marco de la emergencia de las nuevas repúblicas, en la mayoría de países latinoamericanos, se definieron y adoptaron distintos enfoques y políticas orientadas a establecer un modelo de relación entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad. Hasta 1857, año de la abolición del tributo de indios (rebautizado en la república contribución personal de indios), el Estado republicano había reconocido legalmente una clasificación jurídico-política de los habitantes en dos tipos: los blancos, exentos de contribución, y los indios, obligados de tributar. Por consiguiente, el sistema político representativo y de ciudadanos seguía al pie de la letra, la división colonial en castas; me refiero a la separación en grupos de habitantes reconocidos, definidos e instaurados por el Estado de acuerdo a derechos y obligaciones diferentes y discriminantes.

De esta clasificación deriva toda una serie de implicaciones que cubrían el dominio económico y el cultural, la división entre ciudadanos (con o sin plenos derechos, pero ciudadanos iguales y los tributarios, los indios, la figura jurídico-económica tallada por el Estado para identificar, reconocer, explotar, en síntesis, para administrar a la población no castiza. En ese contexto adaptaron teorías occidentales de la diferencia humana y la herencia para manejar estas situaciones.

Tras la Segunda Guerra Mundial, y la aparición de las Naciones Unidas (ONU), la OIT junto a otros organismos comenzó a trabajar en el Convenio

de los Pueblos Indígenas y Tribales y ratificado por 27 países, especialmente de América Latina, el sur de Asia, varios países de África y Europa. Si bien dicho Convenio incluyó varios tópicos como empleo, ocupación, derechos a la tierra y educación en idiomas indígenas, sus premisas centrales giraban en torno a la incorporación de los indígenas al proyecto dominante de Estado-nación: el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales yacía en su asimilación e integración a la sociedad nacional y al proyecto de desarrollo hegemónico.

Como respuesta crítica a dichos enfoques, autores como Pablo González Casanova en los años 60 formularon la noción de "colonialismo interno", "rechazando que el colonialismo solo deba contemplarse a escala internacional (...) pues se da en el interior de una misma nación, en la medida que hay en ella una heterogeneidad étnica, en que se ligan determinadas etnias con los grupos y clases dominantes, y otras con dominados". La emergencia de las organizaciones indígenas durante estas décadas puede ser considerada como causa y efecto de las transformaciones sucedidas en la esfera pública en relación a los pueblos indígenas.

b) las reformas constitucionales en relación al pluralismo jurídico y la justicia comunitaria en el Ecuador.

A partir de la Constitución 1812, los indígenas en las luchas de independencia a pesar de ser considerados de conducta altiva, peligrosos, rústicos, feroces e ignorantes fueron fundamentalmente acarreados por los bandos en pugna, sea con la ayuda de los curas y religiosos, por la fuerza o por el ascendiente que sobre ellos tenía las elites locales. Con esta lógica no será difícil entender que su participación, en los espacios de poder, será absolutamente vedada, de igual modo la exclusión sucedería con los afro descendientes y las mujeres.

Al respecto de la Constitución 1830, aún no se podía consolidar el respeto de los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas porque no se compartía los privilegios de los criollos, ni su poder. En esta época se reconocía como pueblo exclusivamente al cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos y excluían de la soberanía a los pueblos populares, al pueblo ínfimo, indios iletrados.

Las Constituciones de 1998 y 2008 después de muchos años lograron reconocer la composición multicultural o pluricultural del Estado, y el pluralismo jurídico incluyendo el reconocimiento de la justicia indígena, de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas.

c) La situación de las mujeres indígenas y la justicia comunitaria

Al respecto del rol y la participación de las mujeres indígenas destacan en los diferentes procesos de justicia indígena determinada en la Constitución de la República del Ecuador dentro de su jurisdicción y de acuerdo a sus costumbres y saberes ancestrales.

Las iniciativas y opiniones de las mujeres indígenas es muy importante para defender y exigir el cumplimiento de sus derechos, discutir sus costumbres y repensar las formas tradicionales de ser mujer. Esto a raíz de la desigualdad de género, ya que las mujeres con sus propuestas y esfuerzos organizativos ayuda a la justicia comunitaria a través de su conocimiento en la diversidad cultural.

La equidad de género y la diversidad cultural se convierte en uno de los principales retos prácticos y políticos que enfrentan las mujeres indígenas, sin embargo su presencia permite reinventar identidades étnicas y de

género, de esta manera logrando redefinir el derecho indígena, a través de sus usos y costumbres y buscan su redefinición para incorporar sus miradas y reclamos en los procesos de justicia comunitaria. Es en este contexto que la perspectiva de la interculturalidad resulta relevante para cuestionar los dualismos conceptuales del derecho y la cultura indígena y para formular nuevas apuestas que apoyen el reclamo de las mujeres indígenas y sus esfuerzos organizativos.

Conclusiones

Por lo que se puede concluir que se reconoce la validez y jurisdicción de Justicia Indígena, que está conformado por el derecho consuetudinario o derecho propio de los pueblos indígenas, para administrar justicia las autoridades de los pueblos.

Los sujetos titulares del reconocimiento constitucional son las autoridades de las comunidades y nacionalidades indígenas, elegidos de acuerdo a sus propias costumbres. Esta jurisdicción tiene como competencia territorial todos los casos ocurridos dentro del territorio de los pueblos indígenas. Se pone como límite para el ejercicio de esta jurisdicción que no se vulneren las leyes vigentes, la Constitución y los derechos humanos.

Se dispone que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser acatados por todas las instituciones y autoridades públicas, por lo que estas decisiones son susceptibles de ser impugnadas mediante acciones de control de constitucionalidad, es decir, a través de la Acción Extraordinaria de Protección presentada ante la Corte Constitucional.

Finalmente es importante desatacar que este tema es de vanguardia y continúa en desarrollo; los aportes que se han desarrollado en este congreso y más aun con la participación de ponentes internacionales y nacionales contribuyen al proceso educativo.

Referencias bibliográficas

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

Constitución del Estado del Ecuador, 1812.

Constitución del Estado del Ecuador, 1830.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N. o 449. 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.

PLURALISMO EN LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA EN ECUADOR

Msc. Danny Cifuentes Ruiz¹
28 de mayo de 2021

¹ Danny Cifuentes Ruiz, abogado y magister en políticas públicas, con estudios en educación, derecho político y constitucional. Director de la carrera de Derecho y docente investigador de la Universidad de Otavalo, dcifuentes@uotavalo.edu.ec;

Introducción

PLURALISMO EN LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA EN ECUADOR

El presente estudio analiza el carácter plural que representa el sistema económico social y solidario previsto en la Constitución ecuatoriana de 2008. Se analiza especialmente el contexto normativo y los distintos instrumentos de política pública que institucionalizan este sistema económico en Ecuador. Pone especial énfasis en las particularidades que conlleva el cambio de un sistema económico social de mercado a un sistema social y solidario.

El sistema económico social de mercado se reguló en el artículo 244 de la Constitución de 1998. Este sistema buscó promover el desarrollo de actividades tendientes a generar mercados competitivos. El referido texto normativo considera además la necesidad de impulsar los procesos de libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas que puedan distorsionar el mercado. Finalmente se reconoce la coexistencia y concurrencia únicamente de dos sectores en la economía: público y privado.

El estudio analiza además el sistema económico social y solidario regulado en el artículo 283 de la Constitución de 2008. Se destacan las garantías que el sistema promueve para regular la circulación y consumo en contexto de relaciones cooperativas. El respeto y equilibrio que el sistema económico debe guardar con la naturaleza. Generar las condiciones materiales que promuevan el sustento de todos y el carácter intergeneracional que debe considerar el sistema. Finalmente, los principios que regirán la economía son: subsistencia por la propia producción, reciprocidad, redistribución, intercambio y planificación.

Finalmente, el estudio presenta el reconocimiento por parte de la economía social y solidaria al ser humano como sujeto y fin del sistema. Este reconocimiento abre la puerta a que en la economía ecuatoriana se considere al sector popular adicional al tradicional público y privado

reconocido en la Constitución de 1998. Este reconocimiento abre la puerta al contexto plural que se busca destacar en el presente estudio.

Economía social del mercado

Los elementos a considerar para el análisis de la economía social de mercado serán fundamentalmente: temporalidad, políticas e Instrumentos en función de la economía social de mercado y sus principios, con la finalidad de evidenciar la representación del problema, sus objetivos y circunstancias que permitan más adelante un análisis comparativo.

La temporalidad en el análisis de la economía social de mercado, está marcada por hechos y circunstancias destacadas entre 1998 y el 2008. Entre los eventos más relevantes se encuentran la entrada en vigencia de una constitución que determina un modelo económico Social de Mercado y la implementación de políticas neoliberales orientadas a la privatización de sectores estratégicos, la crisis financiera de 1999, entre otros factores que se revisan a continuación.

La economía social de mercado desde la visión de algunos tratadistas, se relaciona de manera directa "(...) con el modelo económico del Estado de bienestar, junto con derechos y libertades de comercio, empresa y competencia (...)" (Grijalva y Troya, 2003, Pág. 5). Aspectos vinculados a las concepciones clásicas del neoliberalismo, consideran que la participación del Estado debe ser limitada y de ser necesario, únicamente en aquellas áreas donde regularmente existen fallas de mercado como la protección de medio ambiente, capital humano o administración de justicia.

La Constitución de 1998, determina que, dentro del sistema de economía social de mercado, al Estado le corresponderá 3) Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen (Art. 244).

El Ecuador en este período, evidenció una agudización de prácticas neoliberales, entre las cuales podemos destacar la privatización, el pago

prioritario de la deuda externa, la flexibilización laboral y la desregulación del sistema financiero. La creación del Consejo de Modernización del Estado CONAM, tenía como rol principal dar viabilidad a la privatización de diferentes sectores del Estado, se destaca telecomunicaciones, hidrocarburos y el sector eléctrico, en aplicación de la Ley de modernización del Estado. En cuanto a la Flexibilización Laboral entre 1990 y el 2000 se expidieron y reformaron diferentes leyes que permitían la contratación por horas y la posibilidad de dar por terminada la relación laboral sin que medie indemnización alguna (Ley Trole I); se fijan techos para utilidades se implementan contratos eventuales y se facilitan los despidos (Ley trole II). Tres cuartos del presupuesto general del Estado en 1999 se destinaron al pago de deuda externa. En 1994 se reemplazó la Ley General de Bancos por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en esencia se desregulaba y se limitaba el control hacia los mercados. Este factor constituiría la principal causa de la crisis financiera de 1999.

En el contexto descrito, se evidencia claramente que las políticas públicas en este período, se enmarcan en una liberación de la economía, promoción del libre comercio y reducción del gasto público. El sector privado desempeñó funciones inherentes al Estado y recibiría apoyo en caso de ser necesario. Las ideas y discursos que promovieron los actores interesados en la consolidación del modelo giraron en torno al discurso de la necesidad de un Estado moderno, eficaz y competitivo.

Entorno a lo señalado, Diario el Hoy del 20 de noviembre de 2001 señalaba que:

“(…) a pesar de que la Ley de Modernización del Estado se expidió en diciembre de 1993, para racionalizar la estructura administrativa y económica del sector público, desmonopolizar y privatizar los servicios públicos. Han transcurrido ocho años y en este país no ha pasado nada, y los ciudadanos seguimos atrapados por la irracionalidad de la estructura del sector público.”

De los antecedentes expuestos podemos señalar, que han sido las diferentes autoridades, materializadas en los presidentes en el período de análisis,

quienes han considerado regirse a un modelo neoliberal. En términos de Hall, los objetivos generales que guían la política pública en un campo particular, la modernización del Estado a través de una liberación de la economía, promoción del libre comercio y reducción del gasto público.

Las políticas de privatización, priorización del pago de deuda externa y la política del sistema financiero, constituyen los instrumentos de la política necesarios para alcanzar los objetivos de la política y las reformas y ajustes específicos en la política que determinó un cambio en la configuración de instrumentos.

Estos mecanismos orientados a reducir el papel y responsabilidad del Estado a través de mecanismos impulsados por los organismos multilaterales, como la privatización, tuvieron una fuerte resistencia protagonizada principalmente por los gremios de las instituciones públicas que podrían ser afectadas, que a futuro devino en una fuerte crisis de gobernabilidad.

Al cerrar este apartado, destacar que de la descripción de instrumentos que sostienen el sistema económico social de mercado, se reconoce únicamente dos sectores: público y privado. Aspecto que para muchos deja fuera o no reconoce a un sector importante en Ecuador que es el popular, que fue gravemente afectado por la crisis. En el contexto del pluralismo es fundamental el reconocimiento de distintas maneras de expresión de la economía. Se destacan los emprendimientos familiares, sector informal y de autoconsumo. Esta necesidad abre la puerta a contemplar un sistema distinto como el económico social y solidario, contemplado en la Constitución de 2008.

Sistema económico social y solidaria

Esta segunda parte del estudio se considera diferentes conceptos que permitirán entender el proceso de cambio en la política económica. Uno de ellos y ya señalados al finalizar la primera parte, es el entorno de crisis que generó la aplicación de políticas públicas orientadas a desregular el mercado y promover la privatización de sectores estratégicos. Determinar aquellos factores que forman parte del aprendizaje social entendido como aquel "(...) intento deliberado para ajustar los objetivos o las técnicas de la

política en respuesta a la experiencia pasada y la nueva información (...)” (Hall, 1993: 277). Los elementos, características y contexto en que se desarrolla la economía social y solidaria. Finalmente se analizan y determinan sus objetivos macro que guía la política, con el fin de sintetizar los elementos necesarios para analizar el tipo de cambio que presenta esta política abriendo la puerta a marcos plurales en la comprensión del sistema económico.

El contexto de crisis por el cual atravesó el Ecuador, principalmente por una desregulación del sistema financiero y del mercado. Se marcaron las inequidades y la insatisfacción de servicios de educación, salud, empleo y vivienda. La acumulación de riqueza, fruto de un modelo que se fundamentó en la libre competencia, promovió las inequidades, convirtiendo al Ecuador en el país de Latinoamérica con la brecha más grande entre las personas con más recursos económicos y aquellos que menos tienen (Dávalos, 2012, pág. 188).

El análisis de los elementos de la economía social y solidaria se la realiza considerando la primera parte del estudio como el tiempo 0 en el análisis de la política (economía social de mercado) respecto al cambio de política por una economía social y solidaria. La formulación de la nueva política considera errores y aspectos fundamentales de cambio como parte del aprendizaje social y la idea que tienen los actores respecto a la solución del problema.

Los principios que determinan este sistema económico que rige al Ecuador son los siguientes: a) Subsistencia por la propia producción b) Reciprocidad c) Redistribución d) Intercambio y e) Planificación (Coraggio, 2012: 85).

Se puede definir a esta economía como:

“el sistema de instituciones, valores, normas y prácticas que organizan los procesos de producción, distribución, circulación y consumo dentro de una malla de relaciones de cooperación de los trabajos humanos entre sí y con la naturaleza y cuyo sentido es la

reproducción y desarrollo de la vida, es decir a) la generación de las condiciones materiales para el sustento o la subsistencia de todos y b) la reproducción intergeneracional ampliada de la vida” (Coraggio, 2010:2).

Es importante resaltar además que la Constitución del Ecuador determina que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (...)” (Art. 283)

La implementación de este sistema conllevó a la creación de diversas instituciones y la previsión por parte de otras, de promover la aplicación de los principios determinados por el sistema económico social y solidario. Entre ellas se encuentran: La Secretaría Nacional de Planificación del Estado SENPLADES, entidad de remarcada importancia en el Ecuador, determina en el Plan Nacional de Desarrollo, el establecer un sistema económico solidario (No 11) y persigue la reforma del Estado en aras del bienestar colectivo (No 12) (Troya, 2009). El Instituto de Economía Popular y Solidaria, fue creado en busca del fomento y promoción de las personas y organizaciones sujetas a esta ley en el contexto del sistema económico social y solidario previsto en la Constitución y consistente en el Plan Nacional de Desarrollo. Otra de las instituciones que se crearon y busca el establecimiento de esta política, es la Súper Intendencia de Economía Popular y Solidaria, entidad de supervisión y control que busca el desarrollo, estabilidad y correcto funcionamiento de las organizaciones del sector económico popular y solidario y el bienestar de sus integrantes y de la comunidad en general.

De igual manera de los antecedentes expuestos, la economía social y solidaria respecto a los objetivos generales que guían la política, podemos señalar su búsqueda de privilegiar al ser humano sobre el capital a través de la regulación del mercado, priorizando las relaciones de cooperación; estos objetivos se conseguirá a través de la implementación de instrumentos como la política de formalización y reconocimiento de sectores populares, a través de la Súper Intendencia y el Institutito de Economía Popular y

Solidaria; la configuración de instrumentos, que se manifiesta en los programas de incentivo a las organizaciones de la economía popular y solidaria a través de acciones afirmativas en los procesos de contratación pública de bienes y servicios o el otorgamiento de créditos asociativos a los beneficiarios del Bono de Desarrollo Humano.

Conclusión

La incidencia del sector informal en la economía, constituye uno de los factores más importantes en el cambio del sistema económico en Ecuador, pasando de sistema social de mercado a un social y solidaria. Las formas de organización en la economía popular y solidaria como las asociaciones, organizaciones comunitarias, mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito y vivienda se suman a la conformación de la economía popular y solidaria como una realidad en el contexto social con una injerencia fundamental en la economía nacional,

Los instrumentos que viabilizan la economía social y solidaria en Ecuador muestran la necesidad de reconocer las diferencias entre los distintos sectores de la economía. La implementación de una superintendencia de economía popular y solidaria que regula a su sector. Junto a ello una superintendencia de bancos que regula a sociedades de capital, constituyen factores esenciales en el reconocimiento de una realidad plural en el contexto económico en Ecuador. Destacar al instituto de economía popular y solidaria como promotor de aquellas asociaciones que conforman este sector.

El entender al sector económico popular y solidario como motor fundamental en el desarrollo del país, abre las puertas al reconocimiento de un sistema que valora la heterogeneidad de nuestra sociedad. Un sistema que reconoce al humano como sujeto y fin sobre el capital, busca una relación más equilibrada y justa entre sociedad, Estado y mercado, reconociendo la necesidad de mantener una armonía con la naturaleza, y propendiendo a la reproducción de condiciones materiales que reafirmen la dignidad de las personas y posibiliten el buen vivir, conforme lo prevé la Constitución de 2008.

Bibliografía:

1. Andrade, Santiago. Grijalva Agustín. Storini Claudia. La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2009
2. Constitución de la República del Ecuador, 1998. Editorial Jurídica del Ecuador.
3. Constitución de la República del Ecuador, 2008. Editorial Jurídica del Ecuador.
4. Coraggio, José Luis. Conocimiento y Políticas Públicas de Economía Social y Solidaria. Problemas y Propuestas. Editorial IAEN, 2010.
5. Coraggio, José Luis. Economía social, acción pública y política: hay una vida después del neoliberalismo. Fundación Centro Integral de Comunicación, Cultura y Sociedad. Buenos Aires. CICCUS, 2007.
6. Grijalva Jiménez, Agustín. Constitucionalismo en Ecuador. Pensamiento Jurídico Contemporáneo n°5. Corte Constitucional para el Período de Transición. Quito, Ecuador. 2011.
7. Peter Hall, "Policy Paradigms, Social Learning, and the State: the Case of Economic Policymaking in Britain". Comparative Politics, 1993

MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Mgs (c). Karla Ayerim Yánez Yánez¹

Mgs (c). Iliana López Ruiz²

Mayo 27, 2021

¹ Maestrante en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada egresada de la Universidad Santa María, Caracas-Venezuela. Investigadora independiente y conferencista internacional. Ex asesora de la Fiscalía General de la República. Autora de los siguientes artículos: La constitucionalización del Derecho ambiental ecuatoriano, Revista Actualidad Jurídica Ambiental; Incidencia del Reglamento Nacional de Nivelación y Admisión en el acceso a la Educación Superior en el Ecuador, Revista CIT, de Información Tecnológica; Construcción de espacios transnacionales: El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Revista FORO; Control de convencionalidad y de constitucionalidad en Ecuador, Revista Kairos; Fuentes, sistemas de derecho y pluralismo jurídico, Revista Horizonte de la Ciencia. Capítulos de libro: Los GADS y el COVID-19, En: COVID 19, ¿Estuvimos listos? y Criminalización del Migrante En: Política Pública en materia de Movilidad Humana: Interculturalidad y Derechos Humanos. Correo electrónico: kyanez2253@gmail.com ep_kayanez@uotavalo.edu.ec ORCID: 0000-0003- 0441-9354

² Maestrante en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada egresada de la Universidad "Oscar Lucero Moya", Holguín, Cuba. Delegada por la Unión Nacional de Juristas de la República de Cuba en la "Universidad Comenius", Bratislava, Eslovaquia para el entrenamiento legal en temas de Sociedad Civil y Derechos Humanos. Investigadora independiente y autora de artículos científicos y capítulos de libros en materia de derecho constitucional y derechos humanos. Correo electrónico: ilopez@uotavalo.edu.ec ORCID: 0000-0001-9737-7469

MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Introducción

La tutela judicial efectiva se constituye como derecho humano, consagrado hace décadas en la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969 en su artículo 25. Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 lo consagra en su artículo 75 como el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. En ese orden, estudiaremos los mecanismos jurídicos con los que cuenta el Estado ecuatoriano para ejecutar y dar cumplimiento a las sentencias internacionales en las que se declare su responsabilidad por la violación de derechos humanos, en el entendido de la importancia que representa la efectividad de las sentencias como parte del contenido a la tutela judicial efectiva, más aún cuando de sentencias de organismos internacionales se trata.

Desarrollo

Con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho a la tutela judicial genera la obligación estatal de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos. En ese orden de ideas, el artículo 25 de la Convención Americana sugiere que 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.

No obstante, el contenido de este derecho ha evolucionado de manera progresiva a través de la doctrina y la jurisprudencia llegando al consenso de que la tutela judicial efectiva involucra cuatro pilares fundamentales como el derecho al acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, y por último la facultad de poder reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso, para obtener una resolución motivada y argumentada.

Aunado a lo anterior la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 0001-09-SIS-CC del año 2009, ha señalado la importancia de que existan los medios idóneos para hacer cumplir estos acuerdos suscritos y por consiguiente también con las sentencias e informes emanados de estos órganos internacionales de protección de derechos humanos, resaltando la necesidad de garantizar la eficacia de las sentencias más allá de la existencia formal de los recursos y concluyendo además que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución.

De lo anterior, con claridad se deduce que si bien es cierto el derecho a la tutela judicial efectiva abarca distintos contenidos, el más importante de ellos será la efectividad de la sentencia, en virtud de que, sin la materialización del fallo, el contenido de acceso, la posibilidad de obtener una sentencia y de recurrir pierden total vigencia.

Posteriormente, en sentencia N° 364-16-SEP-CC la Corte Constitucional del manifiesta que el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y finalmente, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, es decir, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita va más allá del simple acceso gratuito a la justicia; implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos

jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

En ese orden de ideas el Ecuador cuenta con dos mecanismos jurídicos para dar cumplimiento a las sentencias internacionales, el primero de ellos relacionado a la institucionalidad a través de la Secretaría de Derechos Humanos y, asimismo, la garantía constitucional de acción por incumplimiento.

Con relación al mecanismo institucional, en el año 2008 a través del Decreto Ejecutivo 1317 del 9 de septiembre del 2008, se otorga la responsabilidad de coordinar el cumplimiento de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y demás obligaciones surgidas por compromisos internacionales en esta materia emitidas por organismos internacionales de protección de derechos humanos.

No obstante, de la mencionada responsabilidad delegada, poco o nada se establece en cuanto a lineamientos claros de cómo la Secretaría debe coordinar, tiempos, plazos, roles e incluso consecuencias o sanciones en razón del incumplimiento, lo que evidentemente deja a las víctimas con sentencia en mano frente a un vacío procedimental. Más aún cuando analizamos el contenido de las sentencias que debe ejecutarse responde a la denominada reparación integral, que abarca tanto reparaciones materiales como inmateriales.

En ese sentido, es plausible la iniciativa de concentrar en una institución esta responsabilidad, no obstante, para lograr la efectividad es necesario establecer lineamientos claros y además dotar de la institucionalidad necesaria al organismo encargado de tal función, en virtud que resulta sencillo cumplir con una indemnización pecuniaria, no obstante cuando la reparación ordenada implica modificaciones al ordenamiento jurídico, creación de políticas públicas, investigaciones, entre otras distintas reparaciones la situación se complejiza.

Con respecto al segundo mecanismo jurídico para la ejecución de sentencias internacionales y el derecho a la tutela judicial efectiva, es preciso indicar que el Ecuador tiene establecido también un mecanismo jurisdiccional para exigir el cumplimiento de las sentencias internacionales. Nos estamos refiriendo específicamente a la garantía constitucional de Acción por Incumplimiento. Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 93 de la norma constitucional, y está dirigida específicamente a garantizar la aplicación no solo de las normas que integran el sistema jurídico sino también exigir cumplimiento de sentencias e informes internacionales de derechos humanos.

Es así como, para poder entender la eficacia de esta garantía específicamente en lo referente al tema del cumplimiento de sentencias internacionales, es menester analizarla desde su naturaleza jurídica. Como bien lo indica el texto constitucional, no solo surge como una herramienta para garantizar la aplicación de disposiciones jurídicas, sino que además esta sería una vía prevista por el legislador para exigir el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, lo que le da una dimensión más amplia a esta garantía, o sea tendría un doble alcance.

En tal sentido, al instituirse como un proceso de conocimiento, con todas las fases procesales que ello implica, el constituyente no tomó en cuenta las serias complicaciones desde el punto de vista procedimental supondría para las personas que necesiten acceder a esta garantía para exigir el cumplimiento de una sentencia tener que iniciar un proceso autónomo, susceptible de admisibilidad y demás requisitos formales.

Otros inconvenientes se presentan más adelante desde el punto de vista procedimental, ya que por tratarse de un proceso de conocimiento esta garantía es susceptible de requisitos de admisibilidad, siendo uno de ellos la prueba del reclamo previo el cual debe realizar la víctima ante quien es responsable de cumplir con las obligaciones, téngase en consideración que no es una sola institución la responsable de cumplir con las reparaciones que establece la sentencia lo cual implicaría que la víctima debe acudir ante cada una de las instituciones que debieron cumplir con sus

obligaciones y realizar una solicitud de reclamo previo, esperar el término de 40 días que estable la ley para considerar configurado el incumplimiento. Así lo ha ratificado la Corte constitucional en su sentencia No. 69-16-AN-2021 de fecha 17 de marzo del 2021 que esta prueba del reclamo previo no solo es un requisito formal para la admisibilidad del proceso, sino que es el requisito indispensable para que se considere que se ha configurado el incumplimiento por parte del Estado

Esto indudablemente esta exigencia transgrede derechos la aplicación directa de los preceptos constitucionales, y revictimiza a las personas en esta situación, puesto que se deja el cumplimiento de una sentencia internacional a solicitud de la víctima, y a voluntad de la institución que le corresponda el cumplir, con lo cual se estarían vulnerando nuevamente derechos constitucionales, como la Tutela judicial efectiva.

Estos elementos procesales que conforman la Acción por incumplimiento sin dudas son un desgaste continuo para la persona cuyos derechos fueron vulnerados, si se tiene en cuenta que se ve obligada comenzar un nuevo proceso para poder exigir el cumplimiento de su sentencia. Se debe recordar que estas víctimas tuvieron que pasar por los avatares de un proceso de orden interno sin respuestas favorables, luego de superar un proceso de orden internacional, en el cual finalmente consigue una resolución favorable a su derecho, llegar a activar este mecanismo jurisdiccional, supondría que ha existido un incumplimiento por parte del Estado y se debe exigir el cumplimiento forzoso de la obligación.

Hay que reconocer además que a pesar de que las intenciones del Constituyente fueron realmente positivas, no quedó claro desde el punto de vista procesal el objeto que le otorga a la garantía en lo referente a esta segunda dimensión. Por lo que sería apropiado que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia aclare la naturaleza jurídica de la garantía y defina su objeto en lo relacionado al cumplimiento de sentencias internacionales, diferenciándolas de las normas abstractas y de los informes internacionales que poseen una naturaleza diferente.

Conclusiones

A modo de conclusión se puede señalar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con dos mecanismos de cumplimiento de sentencias internacionales que no están siendo eficaces en sus ámbitos de aplicación. En cuanto al primer mecanismo que se presenta ante la Secretaría de Derechos Humanos con la ausencia de procedimientos y directrices no logra clarificar ni concretar el cumplimiento de estas sentencias y por su parte la acción por incumplimiento como vía alternativa desde el punto de vista judicial, con todas estas falencias que responden a la naturaleza propia del proceso y que entorpecen la posibilidad de las víctimas de lograr el cumplimiento integral de su sentencia. Es por ello que sería meritorio que la justicia constitucional tome partido en el asunto y optimice la eficacia de esta garantía, tutelando derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva y la seguridad

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL NIVEL BÁSICO A PARTIR DE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19

Msc. Santiago Danilo Guevara Ruiz ¹
Mayo 28, 2021

¹ Magister en Derecho Civil y Procedimiento Civil. Docente Universidad de Otavalo. Asesor en la Asamblea Constituyente. Asesor en la Asamblea Nacional. Docente Escuela de Formación de Policía Nacional. Docente Escuela de Capacitación de Conductores Profesionales. Capacitador Tribunal Electoral de Imbabura. Capacitador de la Fundación "FUNAPAV". Coordinador Provincial de Procesos en el CNE

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL NIVEL BÁSICO A PARTIR DE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19

Introducción

En la antigüedad, existía un alto porcentaje de población sin nivel de estudios, y los únicos que podían acceder a la educación eran los clérigos. La educación en ese tiempo era impartida en la escuela de los monasterios la cual se enfocaba en aquellas personas que iban a formar parte del clero, la enseñanza en ese tiempo era drástica y memorística donde los estudiantes teniendo que aprenderse al pie de la letra los conceptos básicos y aquellos que no aprendían a leer ni escribir con solo memorizar ya era suficiente. (Catalán, 2017, p.3).

De lo señalado, queda claro que la educación era un privilegio que además se desarrollaba bajo ciertos métodos pedagógicos, que esencialmente demandaban la formulación de jerarquías verticales, de la presencialidad, y la disciplina teísta.

Tras la Revolución Francesa, y la Independencia de Estados Unidos, se derroca al Antiguo Régimen (Régimen de Imperios y Monarquías absolutistas), y se crean las Repúblicas y se da origen al constitucionalismo; textos fundantes de los estados de corte moderno en los que, de diversas formas, en América como en Europa se incorporaron derechos para todas las personas, al menos declarativamente. Estos derechos, que aparecen bajo la luz de los principios de igualdad y libertad, encuentran su antecedente histórico esencialmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia 1789).

En ese orden de ideas, y respecto del derecho a la educación, este se concibe -en la actualidad- como inherente a todas las personas, ya que sabemos que el ser humano necesita desarrollarse, por ende, es necesario que el Estado promueva políticas que garanticen el acceso a la educación de todos los habitantes de manera adecuada, la misma que permita una inclusión de

sectores vulnerables, otorgándoles los implementos necesarios para acceder a los programas educacionales.

Pero el derecho a la educación también cumple una función esencialmente política, pues es uno de los pilares que sostienen al régimen constitucional y democrático. La relevancia de la educación es tal, que por ello es considerada como derecho fundamental incorporado en la Constitución de la República del Ecuador, y contemplado también como un derecho humano integrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año de 1948.

La titularidad del derecho a la educación le pertenece a las personas y demanda un obligación para el Estado: promover, garantizar, proteger y respetar tal derecho; para lo cual se debe atender al principio de igualdad, en la medida en la que se tienen que formular políticas públicas y garantías normativas que permitan justamente la materialidad de la igualdad de oportunidades, de modo que se brinde el acceso libre y gratuito a la educación, de manera especial en los sectores más vulnerables. Adicionalmente, el Estado es quien evitará todo tipo de discriminación social, sobre todo en aquellos sectores de bajos recursos económicos.

Desarrollo

Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación será gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, reconoce el derecho a la educación en el siguiente artículo:

Art. 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria

de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo (Constitución, 2008, p.23)

Complementa con el **Art. 27**.-..... que la educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo en el marco del respeto de los **derechos humanos**, e impulsará la justicia, la solidaridad y la paz.

Que, el **artículo 6 literal e)** de la Ley Orgánica de Educación Intercultural-LOEI prescribe como obligación del Estado: "(...) e. Asegurar el mejoramiento continuo de la calidad de la educación".

Que, el **artículo 22** de la LOEI prevé: "(...) la Autoridad Educativa Nacional, como rectora del Sistema Nacional de Educación, formulará las políticas nacionales del sector, estándares de calidad y gestión educativos así como la política para el desarrollo del talento humano del sistema educativo. La competencia sobre la provisión de recursos educativos la ejerce de manera exclusiva la Autoridad Educativa Nacional y de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los gobiernos autónomos descentralizados, distritos metropolitanos y gobiernos autónomos municipales y parroquiales de acuerdo con la Constitución de la República y las Leyes"; Que, el **artículo 25** de la LOEI establece: "(...) la Autoridad Educativa Nacional ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Educación a nivel nacional y le corresponde garantizar y asegurar el cumplimiento cabal de las garantías y derechos constitucionales en materia educativa, ejecutando acciones directas y conducentes a la vigencia plena, permanente de la Constitución de la República (...)"Que, el **artículo 226** de la Norma Suprema dispone: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución"; Que, el **artículo 227** de la Carta Magna prescribe: "La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad,

jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) proporcionó directrices detalladas a los Estados con respecto a sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la educación. El Comité también señaló que el derecho incluye las siguientes características esenciales e interrelacionadas: **Disponibilidad** Los Estados deben garantizar la provisión de suficientes infraestructuras educativas (instituciones y programas) para todas las personas. Estas deben estar equipadas con todos los materiales y las instalaciones necesarias para funcionar adecuadamente en el contexto específico, tales como edificios, equipos didácticos y materiales, personal capacitado y adecuadamente remunerado, protección ante elementos naturales, instalaciones sanitarias para ambos sexos y agua potable. (Lehn, 2015, p.64). **Accesibilidad.** El acceso a la educación consiste en tres elementos clave: la no discriminación, la accesibilidad material y la accesibilidad económica. Las instituciones educativas deben ser accesibles a todas las personas, especialmente a los más vulnerables, y nadie puede ser objeto de discriminación sobre la base de, entre otros motivos, el sexo, el origen étnico, la ubicación geográfica, la situación económica, la discapacidad, la ciudadanía o el permiso de residencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la religión, la detención o la orientación sexual. Las escuelas deben estar a una distancia segura y razonable de las comunidades o, para las zonas remotas, accesibles a través de tecnología moderna. La educación debe ser asequible para todas las personas, y los Estados deben incorporar progresivamente la enseñanza gratuita en todos los niveles. (Lehn, 2015, p.64). **Aceptabilidad.** Sujetos a los objetivos generales de la educación y a las normas educativas mínimas establecidas por el Estado, los programas de estudio y de enseñanza deben ser aceptables para los estudiantes y, en los casos apropiados, para los padres. Esto significa que la educación debe ser relevante para el contexto, las necesidades y las capacidades evolutivas del niño, y debe ser de buena calidad y culturalmente apropiada. (Lehn, 2015, p.64) **Adaptabilidad.** La educación

debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse y responder a las sociedades cambiantes y las necesidades de los estudiantes dentro de entornos sociales y culturales diversos. (Lehn, 2015, p.64).

Por lo tanto, el derecho a la educación está garantizado por el Estado y corresponde al mismo proveer los insumos necesarios, así como también la inversión estatal que garantice la igualdad y la inclusión de todas las personas para su desarrollo, permitiendo a la sociedad a participar de manera responsable en el proceso educativo.

Todos los seres humanos tenemos derecho a un desarrollo económico, social y cultural, para ello es necesario formar parte de los procesos educativos, los mismos que permitan el crecimiento personal, la adquisición de conocimientos y competencias para así alcanzar una vida digna, por tanto, es una herramienta fundamental para el desarrollo de las personas en el ámbito social, económico y cultural.

Ahora bien, a partir del 16 de marzo de 2020, en el Ecuador se declaró el Estado de Excepción, en razón de existir una emergencia sanitaria de magnitud global, ocasionada por el advenimiento de la pandemia provocada por el contagio masivo del virus SARS-CoV-2. A partir de esta situación, en el país y en América Latina, la educación a todo nivel (inicial, básica, media y superior) tuvo que trasladarse a la virtualidad, entonces se crearon aulas virtuales y se asignaron usuarios a cada estudiante. Sin embargo, para que esta dinámica virtual funcione es imprescindible contar con internet; y es justamente allí donde radica el principal inconveniente en lo relativo al acceso, puesto que, bien se podría decir que las clases virtuales no llegaron a los sectores más vulnerables donde el acceso al internet es escaso ya que no cuentan con los implementos necesarios para interactuar en una educación virtual, obligándoles a abandonar la educación tras no contar con un dispositivo electrónico adecuado para las clases, o la conexión de internet.

Este virus (SARS-CoV-2) no solo afectó a la salud, sino que también atacó principalmente a las zonas rurales, a niños y niñas sin escuelas, padres de

familia desempleados solventando las necesidades básicas del hogar dejando a un lado el estudio de sus hijos. (Cabezas, 2020, p.2).

En relación con los países de Chile y Uruguay, son considerados como los únicos que no sufren en cuanto a sistemas de dispositivos e internet, ya que son países que cuentan con los implementos necesarios para acceder a las clases virtuales mucho antes de que exista la pandemia, las familias cuentan con computadoras de escritorio y tablets, las mismas que dan facilidad al ingreso a los estudiantes a la educación virtual, el acceso al internet es fácil de adquirirlo en estos países, lo cual da facilidad al libre ingreso para continuar sus estudios sin ningún inconveniente (UNESCO, COVID-19, 2020, p.9).

La UNESCO, menciona que los niños niñas jóvenes en el mundo son los más perjudicados en tiempos de pandemias muchos de ellos han sido obligados a dejar sus estudios por la falta de recursos económicos para acceder a una educación virtual por el cierre de las escuelas al declararnos en cuarentena, lo cual obliga a todos los países a buscar alternativas para que la educación continúe fuera de las aulas, sin embargo no existe un éxito total ya que se encuentra las regiones rurales en desigualdad, pérdida de empleo las mismas que han obligado a las familias a poner de prioridad la alimentación de su familia tomando drástica decisión de sacar de sus hijos de escuelas y colegios ya que no es suficiente el dinero para mantener su hogar y el estudio. (UNESCO, 2020, p.3)

En este sentido, se puede decir que el (COVID-19) ha afectado a nivel mundial y nuestro país no ha sido la excepción. En la esfera de la educación, esta emergencia ha dado lugar al cierre masivo de las actividades presenciales de instituciones educativas en más de 190 países con el fin de evitar la propagación del virus y mitigar su impacto.

Por otra parte, se puede manifestar, que el SarsCoV-2, vulneró muchos derechos entre ellos se tiene el derecho a la educación, motivo por el cual en esta emergencia sanitaria, las instituciones educativas se vieron obligadas al cierre de las mismas, con el fin de evitar la propagación de este virus.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha planteado que, incluso antes de enfrentar la pandemia, la situación social en la región se estaba deteriorando, debido al aumento de los índices de pobreza y de pobreza extrema, la persistencia de las desigualdades y un creciente descontento social.

Esta pandemia está afectando seriamente al sistema educativo, no solo de nuestro país sino el de todas las naciones. El impacto es negativo, no solo porque afecta el nivel educativo de los alumnos, sino porque también aumenta la desigualdad de los conocimientos de los alumnos vinculados al nivel socioeconómico de las familias.

CIUDADANÍA DIGITAL. ENTRE LA NOVEDAD DEL FENÓMENO Y LAS LIMITACIONES DEL CONCEPTO LA NOVEDAD DEL FENÓMENO DIGITAL

La emergencia sanitaria por la que atravesamos ha conmocionado al mundo entero, ya que la mayoría de las personas han utilizado un dispositivo móvil para poder ingresar a sus redes sociales como Facebook, Instagram y Whatsapp, con el único afán de comunicarse con sus seres queridos o amigos, pero la realidad es muy diferente cuando se trata de realizar una conexión a través de medios educativos como teams o zoom.

Basta una palabra, una foto, un video o un símbolo para que millones de usuarios den un "clic" al tópic "me gusta" o se pronuncie seguido de un hastag, muchas veces una tendencia de tipo temporal que responde a un asunto de moda o de consumo particular en el trending topic; pero cuando involucra a un asunto público explota en el ciberespacio y se vuelve incontrolable, agresivo y veloz, flujos de eventos que penetran y se apropian la vida íntima de las colectividades. (Natal A. , 2015, p.835).

En este sentido, es de fácil acceso la utilización de recursos tecnológicos ya que se encuentra en la vida cotidiana revisar el celular e ingresarse a facebook o whatsapp ya que forma parte de la vida del ser humano, pero se dificulta cuando este asunto de moda y actual se convierte en la tendencia o título central y es a nivel público; y de esta manera la situación se vuelve sin control.

En este orden de ideas, se subraya que para ser ciudadano digital se deben cumplir al menos tres condiciones: acceso a internet, conocimiento en el manejo de las herramientas de internet y reconocimiento del usuario de la utilidad de internet para la interacción política. El ejercicio de la ciudadanía digital no precisamente asegura una mayor calidad de la democracia, pero si puede potencializar la participación ciudadana en asuntos de la esfera pública en el mundo real. (Rosavallon, 2015, p.837).

En este sentido, se puede referir que para poder ser un ciudadano digital debe dar cumplimiento con aspectos básicos como lo es indudablemente el acceso a internet, ya que hoy por hoy se ha convertido en una herramienta de manejo de la vida de las personas, además se suma a esto el conocimiento básico que debe tener la persona para un adecuado manejo de las herramientas de internet, de esta manera podrá tener participación ciudadana a nivel público para la toma de decisiones.

LA LIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y DEL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA DIGITAL

Haciendo un hincapié a lo que refiere al tema del derecho a la educación a partir de la emergencia sanitaria SarsCov-2, se puede manifestar que en la época antigua existen medios de comunicación como la radio o la televisión pero en la actualidad en el cual vivimos existen nuevas plataformas digitales que aún no han sido desarrolladas y por la dificultad del aprendizaje con la tecnología hacen que se vuelvan obsoletas.

Conclusiones

La educación es un derecho fundamental de toda persona, pero como tal tiene sus restricciones ya que no todos pueden acceder libremente a ser parte de este proceso educativo por diferentes razones de índole política, económica, social y cultural. La educación es el instrumento indispensable para el logro del cambio, equidad y justicia social, mediante la valorización de aspectos éticos y culturales con la meta de que toda persona sin

distinción pueda desarrollarse, crecer y auto realizarse ejerciendo plenamente sus derechos.

La emergencia sanitaria por la que atravesamos ha conmocionado al mundo entero, ya que la mayoría de las personas han utilizado un dispositivo móvil para poder ingresar a sus redes sociales como Facebook, Instagram y Whatsapp, con el único afán de comunicarse con sus seres queridos o amigos, pero la realidad es muy diferente cuando se trata de realizar una conexión a través de medios educativos como teams o zoom.

- El derecho a la educación en los sectores rurales se ve vulnerado a causa del Covid-19, ya que la enseñanza vía on – line dificulta el aprendizaje del estudiante, porque no cuentan la mayoría de las familias con un servicio de internet fijo adecuado, siendo así que la mayoría se conecta mediante planes móviles, buscando una red gratuita, una red de conexión de un familiar.

- La mayoría de familias en los sectores rurales no tienen los recursos económicos necesarios para poder tener acceso a un computador o dispositivo móvil, y deciden utilizar dichos dispositivos de amigos o familiares cercanos para las clases virtuales.

- Ante esta situación por emergencia sanitaria, el Gobierno del Ecuador no cuenta con un plan de contingencia para este tipo de situaciones, por lo que se recomienda implementar dicho plan para evitar la vulneración al derecho a la educación, sobre todo en los sectores más vulnerables como el sector rural, que contenga medidas como la instalación de redes inalámbricas de mayor capacidad que provean del servicio de Internet de manera gratuita como servicio público, capacitación a estudiantes y docentes para el manejo adecuado de programas educativos virtuales desde la asignatura de Computación, y dotación de un computador o dispositivo electrónico o móvil por familia.

Referencias bibliográficas

- 2008, C. (2008, p. 24). Constitución República del Ecuador. Quito.
(2015, p.61). Ley Orgánica de Educación. Quito.
- Alexy, R. (1993, p.63). El derecho general de libertad. En Teoría de los derechos fundamentales. Madrid.
- Benítez, M. (2015, p. 842). Ciudadanía Digital. México.
- Cabezas, G. (2020, p.2). Pandemia Mundial COVID-19.
- Catalán, M. (2017, p.3). Educación en la antigüedad. En M. Catalán. Constitución. (2008, p.23). Constitución 2008. Quito.
- Lehn, M. (2015, p.64). ¿Qué es el derecho a la educación? Recuperado el 18 de Diciembre de 2020, de <https://www.escribnet.org/es/derechos/educacion>
- Natal, A. (2015, p.835). Ciudadanía digital. Entre la novedad del fenómeno y las limitaciones del concepto. México.
- Natal, A. (2015, p. 843). La limitación del concepto y del ejercicio de la Ciudadanía digital. México.
- Rosavallon, P. (2015, p.837). Ciudadanía digital. México.
- UNESCO. (2020, p.3).
- UNESCO. (2020, p.9). COVID-19

ROL DEL JUEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

MSc. Franklin Alcides Ponce Montoya¹
Mayo 27, 2021

¹ Doctor en jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional, Juez de Garantías Penales y Juez de Contravenciones de Tránsito en el Distrito Metropolitano de Quito.

ROL DEL JUEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

Saludos a todos los asistentes a este importante evento académico denominado III CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURÍDICO, organizado por la Carrera de Derecho y la Dirección de posgrados de la Universidad de Otavalo.

Me satisface ver que este Congreso de Justicia Constitucional que se inició en el año 2019, se haya institucionalizado en la Universidad y de esta manera se genere un importante espacio de diálogo nacional donde se pueda dialogar y analizar lo que es la justicia constitucional en la práctica.

En esta ocasión, compartiré con ustedes sobre el “Rol de los jueces en la administración de justicia constitucional”, un análisis desde lo formal y sobre todo desde la práctica, específicamente en lo que corresponde a los jueces que forman parte del sistema de justicia ordinaria que al momento de sustanciar y resolver garantías jurisdiccionales se convierten en jueces constitucionales.

Desarrollo

La Constitución del Ecuador, vigente desde el año 2008 en su artículo 1 proclama que el “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”, además que es “intercultural” y “plurinacional”, de ahí la importancia de entender el significado y la real dimensión de lo que significa ser un Estado constitucional de derechos y de igual manera lo que significa ser un Estado plurinacional, pero en esta oportunidad me centraré hablar un poco más sobre lo que significa ser un Estado constitucional de derechos. Un Estado constitucional de derechos, significa que los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, entre ellos la Carta universal de derechos humanos, la Convención interamericana de derechos humanos, han sido incorporados en el texto constitucional y de esta manera se da la constitucionalización de los

derechos humanos, que primero deben ser respetados y aplicados por todas las autoridades del Estado en sus funciones como servidores públicos, es decir, el ejercicio del poder está limitado a que bajo ningún justificativo pueden vulnerar el derecho que tiene la ciudadanía de ejercer sus derechos reconocidos en la norma suprema, lo que constituye un verdadero límite formal al poder político.

De ahí que, uno de los principales deberes del Estado es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 3.1 CRE).

Para garantizar el ejercicio de los derechos, la norma suprema reconoce principios que deben ser aplicados al momento de conocer y resolver asuntos o controversias que tienen que ver con los derechos de las personas, los encontramos en el artículo 11, que toda autoridad judicial (jueces) deben conocer a profundidad para que en su noble labor de administrar justicia lo apliquen, principios como: el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos a todas las personas que son titulares de sus derechos; la no discriminación por ninguna razón o condición; tomar en cuenta que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no se debe exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; que no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar la violación de derechos; que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de sus garantías; que la interpretación y las normas jurídicas se las debe hacer en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos; la progresividad a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, es decir los derechos siempre se van desarrollando a medida de como la sociedad va evolucionando y bajo ningún motivo se puede retroceder o anular de manera injustificada su ejercicio; que los daños ocasionados por la violación de derechos deben ser reparados de manera inmediata por el Estado; y, como ya lo mencionamos el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Principios que deben

ser observados y aplicados por toda autoridad judicial al momento de conocer y resolver sobre garantías jurisdiccionales que presenta la ciudadanía.

Sin embargo, a lo largo de los años de vigencia de nuestra Carta Suprema, hemos evidenciado que, el principal vulnerador de derechos es el propio Estado a través de sus representantes o servidores estatales, de ahí que la mayoría de las garantías jurisdiccionales se interponen en contra de las instituciones estatales debido a que sus autoridades no respetan, ya sea por acción u omisión el pleno ejercicio de los derechos, frente a esta realidad, la propia Constitución prevé la acción de repetición en contra de las personas causantes del daño producido por la violación de derechos, que lamentablemente, hasta la presente fecha el Estado mediante la Procuraduría General del Estado, no ha interpuesto acciones de repetición dejando en la impunidad a muchos funcionarios que en periodo transitorio de poder han ocasionado graves daños por la violación de derechos a las personas.

Ahora bien, conforme lo señalado, tenemos al neoconstitucionalismo plasmado en la Carta Fundamental, donde sus elementos definitorios tienen cabida en nuestro modelo de justicia constitucional, caracterizada por la prevalencia de la Constitución por todo el ordenamiento jurídico, el nuevo rol activo de los jueces en la administración de justicia y la primacía de los principios por sobre las reglas en la resolución de las controversias.

Bajo estos elementos constitucionales, la Corte Constitucional de Transición, dentro de la sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, señaló que la nueva Constitución supone un paso importante en el camino hacia la realización efectiva del constitucionalismo, que propugnan autores como Ferrajoli o Miguel Carbonell, en directa confrontación con los dictados programáticos del proyecto neoliberal.

El texto constitucional, reivindica el Derecho Constitucional como un derecho axiomáticamente comprometido; y lo hace, no a través de declaraciones retóricas sobre la libertad o igualdad, sino mediante un

completo sistema de derechos y garantías y un rico programa de intervención del Estado en aras de garantizar la efectividad de los derechos. Es decir, en teoría contamos con un novedoso modelo de justicia constitucional, caracterizada por la promoción y protección de los derechos fundamentales de las personas, la regulación al poder político con el objeto de que sus acciones se encuentren enmarcadas dentro de los lineamientos constitucionales sin que esté permitido atentar contra las libertades de cada ser humano; y, para garantizar su ejercicio, se ha creado un sistema de protección y garantías jurisdiccionales que permiten accionar el sistema de justicia en caso de amenazas o violación de derechos.

Desde el constitucionalismo se afirma que, el modelo de organización jurídico – político, denominada “democracias constitucionales” es, el ideal mismo del respeto a los derechos, y ese ejercicio, debe ser asumido por todos los jueces de la justicia ordinaria y fundamentalmente, por los jueces de la Corte Constitucional, observando que la sociedad está marcada por el pluralismo y la diversidad.

Según Sagüés (2002), el control constitucional está basado en un sistema aparentemente complejo y mixto, orientado en varios modelos como: el control concentrado y abstracto, como el difuso y el concreto (cit. p. Vintimilla, 2009. p 40).

La Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación constitucional, tiene la responsabilidad de garantizar la vigencia de la Constitución, observando principios, métodos y técnicas de interpretación, orientados a hacer efectivos los derechos de las personas, conforme lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos; de ahí que, en función de la forma, el ejercicio del control constitucional abstracto o genérico lo realiza la Corte Constitucional, al igual que el control concreto, que tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de todo proceso judicial.

En cambio, en función del órgano que lo realiza, el control concentrado o directo, lo realiza la Corte Constitucional, al resolver sobre violaciones constitucionales y recursos de inconstitucionalidad que presentan las personas; mientras que, el control difuso está distribuido a los jueces de los otros órganos de justicia ordinaria, que les corresponde tutelar la supremacía constitucional en todo proceso judicial y sobre todo en las garantías jurisdiccionales.

Es así como, la aplicación de la justicia constitucional es una tarea compartida de jueces de la justicia ordinaria y jueces de la Corte Constitucional, debido a que, en el marco del control difuso de constitucionalidad, a todos los jueces ordinarios les corresponde ser garantes y aplicadores de la tutela constitucional, la supremacía y aplicación directa de la Constitución.

Los jueces en general, al sustanciar garantías jurisdiccionales se convierten en jueces constitucionales, (numeral 2 del artículo 86 CRE), dejan de ser simples directores de procesos y se convierten en activistas de la justicia constitucional en miras de precautelar los derechos constitucionales, es decir, adquieren un rol proactivo al momento de sustanciar las acciones constitucionales; de ahí que, requieren de una formación sólida en Derecho Constitucional para hacer efectivo el ejercicio de los derechos en todo proceso, tarea que en el campo académico han asumido varias universidades del país al implementar los programas de maestrías de profesionalización en Derecho Constitucional, como lo hace nuestra querida Universidad de Otavalo.

En este proceso de justicia constitucional, es importante tomar en cuenta que los jueces de la Corte Constitucional hacen el control concentrado de constitucionalidad, sobre violaciones de derechos en la justicia ordinaria, mediante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de Acción por Incumplimiento, Acción de incumplimiento y Acción Extraordinaria de Protección; sus resoluciones promueven a que los jueces ordinarios enmarquen su accionar en la supremacía y aplicación directa de la

Constitución mediante la emisión de jurisprudencia vinculante y reglas jurisprudenciales que deben ser observados y aplicados por todos los jueces de la justicia ordinaria.

En la sustanciación de las garantías constitucionales, la Constitución en su artículo 86.2, letras a y c proclama que, las garantías jurisdiccionales pueden ser propuestas de manera oral o por escrito, sin formalidades, no requiere que se citen las normas infringidas, de ahí que no es indispensable el patrocinio de un abogado, sin embargo, en la práctica resulta todo lo contrario, debido a que, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha determinado una serie de requisitos que deben ser cumplidos, que no es de conocimiento del ciudadano común, que obligatoriamente se necesita del patrocinio de los abogados.

Entonces encontramos que, la demanda de Acción Extraordinaria de Protección debe contener varios requisitos, donde se necesita de un alto grado de conocimiento técnico – jurídico, que identifiquen con claridad y precisión donde se encuentra la vulneración de los derechos en el proceso judicial, caso contrario la demanda no es admitida, de esta manera reitero la carga argumentativa la han traspasado a los demandantes y es evidente que se ha limitado el acceso a la justicia constitucional, al no admitir las demandas que, por su forma, no reúnen los requisitos determinados en los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a pesar de que existen graves violaciones a los derechos y de manera especial a los derechos de protección como la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, sentir ciudadano que se mantiene con los actuales jueces constitucionales, que en varios de sus fallos han ratificado que la carga argumentativa corresponde al accionante en la demanda, entre ellos en la sentencia No. 646-16-EP/21.

Diferente a lo que corresponde el actuar de los jueces del sistema de justicia ordinaria, cuando les corresponde sustanciar y resolver garantías jurisdiccionales como: acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública; que a pesar de que en la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se determine requisitos que debe contener la demanda, esta una vez que el juez avoca conocimiento, si considera que no reúne los elementos determinados en el artículo 10 de la ley, puede mandar a que el accionante la complete en el término de tres días, si no lo hace y considera que del simple relato de los hechos se desprende que existe una grave vulneración de derechos, la jueza o juez debe calificar la demanda y dar paso al trámite y subsanar la omisión de requisitos, para que se convoque y se desarrolle la audiencia oral pública y contradictoria, donde los jueces deben impulsar de oficio y actuar asumiendo el rol proactivo con el objetivo de tutelar los derechos a favor de las personas.

El rol activo del juez, va enmarcado en todo el proceso de sustanciación, de esta manera el juez se aparta de ser un simple director del proceso que resuelve conforme las partes procesales impulsan y presentan sus alegatos y pruebas, para convertirse en un activista judicial, que investiga con el fin de determinar si existe o no violación a los derechos constitucionales; y solo, en el caso de que tenga claridad de que no exista tal violación, puede negar la garantía jurisdiccional, caso contrario si evidencia violación de derechos debe declarar esa violación de derechos y ordenar la reparación integral al Estado por los daños ocasionados.

A mi criterio, un rol similar debería ejercer los jueces de la Corte Constitucional, al conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección para que se garantice la tutela judicial efectiva, ya que, por desconocimiento o falta de preparación de los abogados, no elaboran de manera técnica jurídica la demanda, son muchas demandas que por el formalismo, resultan inadmitidas y de esta manera se genera una doble vulneración a las personas que han sido víctimas de violación de sus derechos. Debemos recordar que los procesos deben ser sencillos, rápidos y eficaces, que no se necesita del patrocinio de un abogado para interponer garantías jurisdiccionales, que no se sacrificará la justicia por meras solemnidades, donde se incluye las garantías jurisdiccionales que le corresponde conocer a la Corte Constitucional.

Desde el procedimiento formal, una vez que el juez del sistema de justicia ordinaria, conoce una garantía jurisdiccional, la sustanciación de esta garantía, tiene prioridad frente a las otras causas, dentro de las 24 horas debe avocar conocimiento y calificar la demanda y notificar por los medios más adecuados e idóneos, puede ser por correo electrónico, casilleros electrónicos y a los domicilios de los accionados, en la práctica son los propios secretarios o secretarías que van personalmente a realizar las notificaciones y según la ley máximo dentro de tres días se debe desarrollar la audiencia oral, pública y contradictoria, para tal efecto los jueces dependiendo de su carga procesal pueden diferir otras diligencias judiciales de su agenda para realizar la audiencia de garantías jurisdiccionales; en la práctica generalmente esto no se cumple hay muchas causas que se demoran más de quince días desde que se avoca conocimiento y se desarrolla la audiencia.

En el desarrollo de la audiencia, es necesario observar lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 14 a 16, pero siempre tomando en cuenta su informalidad, se debe garantizar que la parte accionante presente sus alegatos y pruebas, sin que la carga de la prueba se le atribuya al accionante ya que es la institución accionada la que debe demostrar que no es verdad que hay violado los derechos conforme alega la parte legitimada activa, de considerar necesario el juez puede ordenar práctica de pruebas e inclusive nombrar comisiones o realizar visitas in situ con la finalidad de tener una idea clara de si existe o no violación de derechos y una vez que tenga pleno convencimiento conforme las pruebas que consten dentro del proceso emitir su decisión.

La administración de justicia constitucional en la práctica

Luego de exponer sobre la administración de justicia constitucional desde la formalidad, conforme está previsto en el texto constitucional y la ley, pasaré a comentar un poco lo que ha ocurrido en la práctica.

Les comentaré desde mi experiencia, desde que fui nombrado juez de primer nivel, mediante concurso de méritos y oposición en el año 2013, me di cuenta de que, uno de los principales temores de los compañero/as jueces era conocer y sustanciar garantías jurisdiccionales, de manera especial la acción de protección, realmente evidenciaba en la mayoría de casos la angustia que tenían de fallar en contra de las autoridades representantes de las instituciones del Estado, lo más fácil para no salir de su estado de confort era declarar improcedentes las demandas de acción de protección, bajo el argumento de que la vía adecuada no era la correcta, que se trataba de un tema de mera legalidad, que debe ser resuelta en la justicia ordinaria mediante la demanda ante lo contencioso administrativo, pero esta situación obedecía a una realidad, la falta de independencia judicial, era conocido por todas y todos de la existencia de una circular que se había emitido por los años 2011 a 2012 desde la secretaría jurídica de la presidencia de la república, que contenía una advertencia de que aquellos jueces que resuelvan en contra de los "grandes intereses del Estado", se les seguiría sumarios disciplinarios por parte del Consejo de la Judicatura, lo que en la práctica sucedió, varios jueces que por sus resoluciones en garantías jurisdiccionales fueron luego sumariados y destituidos supuestamente por haber cometido las infracciones disciplinarias de manifiesta negligencia o error inexcusable, previstas en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en lo posterior, fue considerado como una de las causales para la cesación de funciones de los vocales del Consejo de la Judicatura liderados por el Dr. Gustavo Jalkh en el año 2018, que realizó el Consejo Transitorio de Participación Ciudadana y Control Social, bajo la presidencia del Dr. Julio César Trujillo.

A esta falta de independencia judicial, hay que reconocer, que también ha incidido el poco conocimiento por parte de los operadores de justicia, en especial de los jueces sobre el Derecho constitucional, que no tenían mayores argumentos técnicos jurídicos para sustanciar y resolver las demandas de garantías constitucionales, no se apartaban de su rol de jueces ordinarios y con esa misma visión y óptica resolvían las garantías jurisdiccionales, atribuyendo toda la carga argumentativa al accionante, sin

asumir el rol proactivo como juez constitucional tal como demanda el deber de garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales a la ciudadanía.

Esta realidad poco a poco ha ido cambiando, en la actualidad, ya tenemos jueces que se han preparado en materia constitucional y de alguna manera existe mayor confianza en el respeto a la independencia judicial, ayudó mucho la resolución que emitió la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad condicionada del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial y la inconstitucionalidad del artículo 113 ibidem en lo que correspondía a que el Consejo de la Judicatura podía iniciar de oficio un sumario disciplinario por dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, lo que dio lugar a las reformas en el COFJ, ahora se necesita una declaración jurisdiccional previa de la existencia de estas causales para que el Consejo de la Judicatura inicie un sumario disciplinario en contra de jueces, fiscales y abogados de la defensoría pública.

Debo aclarar, que no es mi intención de justificar el accionar de los jueces de la justicia ordinaria al conocer y resolver las acciones constitucionales, presentadas por la ciudadanía, los jueces deben tener la preparación y conocimiento necesario para asumir el rol de ser garantes del pleno ejercicio de los derechos constitucionales y de esa manera contribuir en la práctica de hacer efectiva la supremacía constitucional por sobre todo el ordenamiento jurídico interno y sobre todo garantizar el pleno ejercicio de los derechos cuando estos han sido vulnerados o pretenden ser violentados y de esta manera cumplir con uno de los deberes fundamentales del Estado, ser garante del pleno ejercicio de los derechos constitucionales de toda su población.

Conclusiones:

El cumplimiento de uno de los deberes fundamentales que tiene el Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos recae en el accionar de todas las autoridades de las funciones del Estado, entre

ellas las autoridades jurisdiccionales del sistema de justicia ordinario y los jueces de la Corte Constitucional.

En el marco de la justicia constitucional, en función del órgano que lo realiza, el control concentrado o directo, lo realiza la Corte Constitucional, al resolver sobre violaciones constitucionales y recursos de inconstitucionalidad; mientras que, el control difuso está distribuido a los jueces de los otros órganos del sistema de justicia ordinario, que les corresponde tutelar la supremacía constitucional en todo proceso judicial y sobre todo en las garantías jurisdiccionales.

El desafío de la justicia constitucional, radica en el rol que deben asumir los jueces de la Corte Constitucional y todos los jueces del sistema judicial ordinario, en la aplicación de la justicia, basada en los principios que permiten garantizar el pleno ejercicio de los derechos, donde prevalece la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico y al tratarse de derechos humanos, bajo el control de convencionalidad, resulta obligatorio tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los jueces de la Corte Constitucional, tienen el desafío de simplificar los procedimientos en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales, no pueden negar la admisión de demandas de acciones extraordinarias de protección, por no cumplir las formalidades en la demanda, atribuyendo la carga argumentativa al ciudadano, para ello tienen cada juez un equipo de trabajo, y deben analizar a fondo si en el proceso existe o no vulneración a los derechos del debido proceso, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva; y, mediante sus resoluciones deben sentar precedentes jurisprudenciales con efectos erga omnes que permita a los jueces, tener líneas jurisprudenciales claras que garanticen de forma progresiva el ejercicio de los derechos.

Los jueces que forman parte de la justicia ordinaria, al sustanciar acciones constitucionales, se convierte en jueces constitucionales y como tales, tienen que asumir un rol activo, ser conscientes que dejan de ser simples directores

de procesos y se convierten en activistas constitucionales, orientados a descubrir y conocer si existe o no la vulneración de los derechos humanos. Los jueces constitucionales, por el control de constitucionalidad, tienen el desafío de neutralizar las decisiones tomadas por las autoridades de los diferentes poderes, que violen los deberes fundamentales del Estado, más aún, si se trata de los derechos humanos, con base en sus resoluciones se convierten en agentes productores del derecho, de su accionar depende hacer realidad lo que proclama nuestra Carta Magna, ser un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.

Referencias bibliográficas:

1. Belloso, N. (2015). El Neoconstitucionalismo y el “Nuevo” Constitucionalismo Latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse? Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Área de Filosofía del Derecho. Número 32. España. Universidad de Burgos.
2. Cappelletti, M. (1987). La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado). traducción de Luis Dorantes Tamayo et al. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
3. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (2018) Resolución No. PLE. CPCCS-T-O-089-23-08-2018. Recuperado en <https://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/RESOLUCION-No.-PLE-CPCCS-T-O-089-23-08-2018.pdf>
4. Constitución de la República del Ecuador. (2008) Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008.
5. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 646-16-EP/21.
6. García, J. (2007). Tres aportes fundamentales del federalista a la Teoría Constitucional Moderna. Volumen XX. No. 1. Revista de Derecho.
7. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009) Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre del 2009.
8. Montaña, J. y Pazmiño, P. (2013). Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. Manual de Justicia

Constitucional. Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

9. Negroto, G. (2016). El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. Argentina. Universidad de Buenos Aires, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
10. Ponce, F. (2017). Inefectividad de la Medidas cautelares en la garantía de Derechos Humanos. Ecuador. Repositorio institucional. Universidad Regional Autónoma de Los Andes (UNIANDES).
11. Vintimilla, J. (2009). La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución del 2008. Ecuador. Iuris Dictio. Revista de Derecho. Volumen 8. Número 12.

LA HISTORIA Y DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA.

Msc. Luis Miguel Tuco¹

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Mayor de San Andrés. Desarrolló un Curso de Especializado en "Geopolítica e Integración Latinoamericana" por la Universidad Nacional Autónoma de México. Además, especialización en: "Resolución de estratégica de conflictos en el marco de los derechos humanos" por la Universidad Mayor de San Andrés, así también realizó un Diplomado en Educación Superior por la Universidad Mayor de San Andrés. Es Magister en Investigación en Derecho: Énfasis en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar sede- Ecuador. Trabajó en el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional del Estado Plurinacional de Bolivia. Es Coordinador Académico y Relaciones Internacionales del centro de estudios académicos Derecho & Punto. Y desempeña funciones como docente en Derecho de Integración y Derecho Internacional Público en el Estado Plurinacional de Bolivia.

LA HISTORIA Y DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

La exposición será descriptiva, histórica y tendremos algunas apreciaciones finales a modo de conclusión. Para empezar, lo primero que tenemos que tener en cuenta es: ¿Qué entendemos por pluralismo jurídico? Para lo cual me permito tomar la definición de Luis Tapia que refiere que el pluralismo jurídico es: "la existencia de diversos sistemas jurídicos en una misma porción geográfica y en un mismo tiempo". Lo que evidentemente implica el reconocimiento y la aceptación de la convivencia de estos sistemas jurídicos en un espacio y en un tiempo determinado.

¿Qué significa esto? Es negar la tesis de que el Estado es el que tiene el monopolio de emitir normas jurídicas. Entonces va en contra de esta perspectiva. Pero cuando hablamos de órdenes jurídicos, cuando hablamos de estos sistemas jurídicos, estamos hablando de varios, no estamos hablando solo de uno. Y creo que es muy importante precisar esto.

No sé exactamente cómo sea en Ecuador, pero, les comento que acá en Bolivia existe una especie de visión de creer que, cuando hablamos de pluralismo jurídico es un sinónimo automático de justicia indígena. Por ende, es necesario precisar algunos conceptos o algunas perspectivas para poder adentrarnos en el tema.

¿Qué tipo de pluralismo jurídico analizaremos en la presente ponencia? Bueno, citando a Cabero, tenemos dos tipos de pluralismo jurídico: Por un lado, tenemos el pluralismo jurídico clásico y por otro al nuevo pluralismo jurídico.

De estas categorías se desprenden: el pluralismo en sociedades que viven en situación colonial; el pluralismo dentro de la formación sociedad capitalista; el pluralismo en la sociedad cuya complejidad permite la coexistencia de sus mundos y/o subculturas; el pluralismo en período de transición y; el pluralismo en sociedades con presencia de varias etnias o pueblos.

Nosotros hablaremos en esta ponencia sobre el pluralismo jurídico clásico que versa en el pluralismo en sociedades que viven en situación colonial y el pluralismo de sociedades con presencia de varias etnias o pueblos, que es la realidad que han vivido nuestros países latinoamericanos. Existe la relación del derecho del colonizador que se va a imponer sobre el derecho de los pueblos indígenas en el transcurso de la colonia.

Es necesario precisar, además, que los pueblos indígenas no solamente han sufrido ese tipo de Avasallamiento durante la colonia, sino que también esto prosiguió con la constitución de los estados.

Poco a poco vamos afinando la exposición para llegar a lo que nos compete el día de hoy. Para lo cual es importante entender que el pluralismo en este caso abarca al derecho indígena, este derecho que ha sido avasallado, arrinconado. El derecho indígena, no es, una novedad es una creación por parte de los legisladores nacionales, sino es algo que ha existido y existe.

Este derecho indígena ha existido, y no es algo de unos dos, diez, quince o veinte años, sino son cientos de años. Entonces, lo que lo que se hace no es un invento, una invención, sino más bien es un reconocimiento. Ahora es importante que cuando veíamos el concepto de pluralismo jurídico hablábamos de varios sistemas jurídicos, aquí tenemos que precisar y entender lo siguiente: cuando hablamos de varios, automáticamente hablamos de una igualdad entre estos. ¿O hablamos sobre la hegemonía de uno de estos derechos? en la realidad que ha acontecido a nuestros países, pues hablamos de una hegemonía de este derecho estatal. Este derecho estatal se ha impuesto sobre el derecho de los pueblos indígenas, y hay un ejemplo claro que me gustaría resaltar para poder dar continuidad con la exposición.

Recordemos lo que ocurrió cuando se encontraron dos mundos diferentes, cuando hablamos del imperio incaico y España. Con la captura de Atahualpa, por ejemplo, ¿qué pasó?: ¿Se lo juzgó con normas que él conocía? R.- No, se le juzgó con idioma que no era el suyo. Se le juzgó con tipos que ni conocía ni el procedimiento ni nada. Con este ejemplo vemos

el avasallamiento e imposición que existió del derecho de la colonia respecto al derecho del imperio incaico.

Con esta concepción de identificar al indio como un ser inferior. Debemos tener en cuenta que en los países latinoamericanos ha existido un derecho indígena. En Perú hablamos de Chavín, hablamos de Nazca, hablamos incluso de civilizaciones recién descubiertas como Caral o en México, hablamos de los de los Mayas, de los Aztecas o culturas y civilizaciones mucho más antiguas como Teotihuacán o los Olmecas, que tuvieron una forma de organizarse, tuvieron una forma de administrar, de resolver sus conflictos. Y esto evidentemente ha perdurado en el tiempo.

En el caso de Bolivia, hablamos de los quechuas, de los aymaras y de otros pueblos indígena originario, campesinos. Las culturas que estuvieron en lo que actualmente es el territorio boliviano, podemos hablar de: Wankarani, Chiripa, Tiwanaku, el imperio Tiwanaku que abarcó en su época imperial a: Argentina, Chile, Perú y Bolivia. Hay muchas cuestiones que hasta el día de hoy no se pueden precisar respecto a esta cultura, como, por ejemplo: ¿qué idioma hablaban? ¿Por qué desaparecieron? Se dice también que Tiwanaku tenía el nombre de Taypi Khala, que significa en Aymara piedra del medio. Al respecto cabe aclarar que si no tenemos precisión exacta de qué idioma hablaba esta civilización ¿cómo podemos afirmar cuál es el verdadero nombre que tuvo?

Hablamos también, de los Señoríos o Reinos Aymaras, entre los cuales podemos nombrar a los Charcas, a los Chichas, Pacajes y otros reinos, que fueron conquistados por el Imperio Incaico, y que en esa época convivieron con sus propios usos y costumbres y las formas de solución de controversias que se desarrollaba en el Imperio del Tawantinsuyo, que son los incas o quechuas.

También podemos hablar de las culturas del oriente boliviano, que son varias. En la actualidad el Estado Plurinacional de Bolivia reconoce treinta y seis lenguas oficiales, entre las cuales están el quechua, el aymara, el yuracaré, el mojeño trinitario, el mojeño ignaciano, el zamuco, entre muchas otras.

Bueno, después de tener una percepción de cuáles fueron las culturas que formaron y estuvieron en el territorio actual de Bolivia, ahora nos permitimos ir a otra etapa, que es la etapa de la colonia. ¿Qué pasó en la colonia? En la colonia, podemos ver instituciones como: La mita, la encomienda, las reducciones, los cacicazgos. Instituciones importantes para poder entender el derecho indígena actual.

Por ejemplo, cuando hablamos de la mita, debemos tomar en cuenta que ésta fue una institución que ya se desarrollaba en el en el Incario, pero fue tomada por los españoles para legitimar la explotación. Esto se reflejó por ejemplo en las minas de Potosí, donde vemos que hubo muchas personas muertas entre esclavos negros e indígenas.

Las reducciones pretendían reunir a los indígenas que vivían en sus ayllus, que estaban apartados, dispersados, se pretendía reunirlos en una sola población, para facilitar su evangelización. Para facilitar la colonización en sí. Por otro lado, tenemos a los tambos, el cacicazgo que es un término que viene de países del Caribe. Si hablamos de la región de Andina, pues los términos más adecuados hubiesen sido curaca, o Jatún Mallku en quechua o Jach'a Mallku en aymara. Estas instituciones coloniales, muchas de ellas solo matizadas son esenciales para comprender el derecho indígena en Bolivia.

Llegamos a la época de la República, que al igual que en la colonia, el derecho de los indígenas fue avasallado, acorralados y se invisibilizó. Bolivia se independizó en 1825. La primera Constitución es de 1826 en la cual no se tomaba en cuenta a los indígenas, ni a los campesinos en ningún artículo. Existían grandes barreras al respecto, hablamos, por ejemplo, de que: uno para poder ser ciudadano debería saber leer y escribir. Al respecto después de ver a groso modo todos los problemas históricos que habían atravesado los indígenas y que estaban atravesando en ese momento era imposible que pudiesen contar con esos privilegios. Otra de los requisitos era el hecho de no tener sujeción, no tener un patrón, presupuestos que imposibilitaban la adquisición de la ciudadanía a los indígenas ya casi la totalidad trabajaba para alguien. Lo que les imposibilitaba adquirir la ciudadanía. Evidentemente, vemos que la República no soluciona estos grandes

problemas que habían venido arrastrando los indígenas después de la colonización y después de la independencia de los países latinoamericanos.

En la época que abarca la república, tenemos un hecho relevante, que es el caso del Mallku Juan Leri. Es un caso que ha sido poco estudiado. Juan Leri era un indígena que reclamaba para sí la titularidad de unas tierras alegando que contaba con unos títulos que databan de la época colonial y reclamaban la titularidad de la propiedad comunal. Entonces lo que pasó acá es que con ese pedido que él tenía, organizó un gobierno indígena con características militares, que derivaron después en enfrentamientos con mestizos y criollos, que mientras avanzaban tomaban posesión sobre las propiedades y ganadería que quedaban en manos de toda la comunidad.

Este fue un caso importante que se dio en el tiempo de la revolución federal, pero fue desvanecido después de la victoria de José Manuel Pando, tomando prisioneros a los principales dirigentes, concluyendo esta interesante Azaña. Es un importante momento para entender cómo el Mallku Juan Leros fue juez y parte en los juicios llevados durante sus victorias en contra de sus rivales, analizando el corto tiempo de este gobierno indígena.

Como un hito importante podemos hablar también de la revolución federal. Ustedes seguramente, han oído hablar del de Zárate Willka, que fue un indígena aliado de José Manuel Pando en la Revolución Federal. Ellos negociaron apoyo en la revolución federal a cambio del reconocimiento de derechos a los indígenas. Este acuerdo se rompió porque Vilca lo que pretendía es establecer un gobierno indígena que de ninguna forma le convenía a Pando. Entonces Pando lo que hace es mandar a aprender Zarate Willka para luego ejecutarlo. Este hecho es un importante hito de la reivindicación del derecho indígena.

También podemos hablar de la constitución de mil novecientos treinta y ocho. Esta constitución es importante porque en su artículo 165 reconoce a las comunidades indígenas. El Estado reconoce a las comunidades indígenas efecto del constitucionalismo social de derecho. Pero evidentemente esto

solamente es de carácter formal porque los indígenas seguían siendo considerados como ciudadanos de segunda.

Otro momento histórico muy relevante en Bolivia es, la revolución del 1952. Pero antes de entender la revolución del 52, debemos entender lo que fue la Guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay. Fue en este acontecimiento, que para muchos es un momento crucial y muy importante debido a que, este hecho permitió el reconocimiento entre bolivianos. ¿En qué sentido? Se reclutaron a varias personas, sobre todo indígenas, para que vayan a combatir en la Guerra del Chaco. Fue un momento crucial para reconocernos, nos dimos cuenta de que éramos aymaras, quechuas, guaraní, que hablábamos diferentes idiomas. Esto evidentemente dificultaba la comunicación entre bolivianos, esto desembocaba evidentemente en más de un problema por el hecho de que cada uno hablaba otra lengua, por lo que, era muy complicado realizar alguna estrategia conjunta.

Este hecho devino en la construcción de lo que posterior que se conocería como la Revolución Nacional de 1952, que buscaba la construcción del estado nacional. Esta revolución nacional no era pues una revolución que pretendía la construcción de un Estado con el reconocimiento de los pueblos indígenas. Sino más bien lo que pretendía era la "campesinización" de todos los indígenas con el título del mestizaje y de la construcción del Estado nación.

Esta construcción del Estado nación no como lo proclamaba Zavaleta, no con esta sociedad abigarrada y reconocimiento entre distintos. No. Si no, era desde un punto de vista avasallador, excluyente, lo que se pretendía era "civilizar" entre comillas a estos pueblos indígena originario, campesinos para volverlos campesinos y construir así el Estado nacional.

Bueno, después de todo esto, en los años 80 y 90 hubo varias revueltas, realizadas por los pueblos indígenas, se organizaron, hubo marchas, protestas, lo que desembocó en la reforma constitucional de mil novecientos noventa y cuatro, que también deviene de la influencia de la

Resolución 169 de la OIT por un lado y por otro la internacionalización de los derechos humanos.

Con la reforma constitucional de 1994 ya hablábamos de que Bolivia se constituyó en un país multicultural y pluriétnico. Además, se reconocen los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, un gran avance. Este antecedente nos remite a la Bolivia del presente, al Estado Plurinacional de Bolivia. ¿Qué cambia o se incorpora respecto a lo que aconteció en la Constitución o la reforma constitucional de 1994? La nueva Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia fue aprobado y publicada en febrero del 2009, reconociendo a las 36 nacionalidades, las 36 lenguas, además se reconocen valores y principios con base en el Derecho Indígena, se reconoce la jurisdicción indígena originario, campesina, que se diferencia de la jurisdicción ordinaria.

El carácter de convivencia y entendimiento es evidentemente el carácter intercultural que podríamos denominar: "carácter jurídico intercultural" ¿Y a qué me refiere? A que no se pretende que el derecho indígena atropelle al derecho positivo u ordinario si no, lo que se pretende es una convivencia entre ambos. Entre el derecho ordinario y el derecho indígena originario campesino. Esto se dará a través de la construcción del Estado plurinacional a través de valores y principios supremos. Hablamos del ama sua, ama llulla y ama quella que son principios no solo para una parte de la población boliviana si no, para todos los bolivianos. Así también: ñandereco, ive maraei capak ñan y el sumaj qamaña que en el quechua se traduciría como Sumak Kawsay que refiere al vivir bien.

Como lo dijimos en la Constitución boliviana hablamos del Sumaj Qamaña que es la finalidad de la sociedad boliviana llegar a una convivencia armónica con la naturaleza y con uno mismo a través de la búsqueda del vivir bien. El carácter axiomático de la constitución boliviana irradia a todo el ordenamiento jurídico. Por ende, estas directrices no solamente van a regir a la justicia ordinaria, o solo a la justicia indígena originaria campesina, sino a todo el ordenamiento jurídico boliviano.

En la actualidad, producto de la Constitución Política del Estado se han desarrollado diferentes normativas entre las cuales podemos encontrar: la Ley 073 de deslinde jurisdiccional, que regula los ámbitos de vigencia de las jurisdicciones y se plantean mecanismos de cooperación y coordinación entre las mismas.

Este carácter de coordinación es obligatorio para las autoridades indígena originario campesinas y las instituciones, quienes tienen la obligación de coordinar y cooperar entre sí. Por ejemplo, la coordinación en caso de que se pretenda el cumplimiento o la ejecución de una disposición emitida por la jurisdicción indígena originario campesina, en ese caso los policías, y el aparato coercitivo del estado tiene que velar por el cumplimiento de las disposiciones emitidas por las autoridades indígena originario campesinas.

Vemos de esta forma, que en la actualidad el derecho indígena a sido reconocido y a dejado de estar invisibilizado, lo cual, es un gran avance en Bolivia. Esto presupuesto no significa que con ello se haya terminado los problemas de inclusión y materialización de la justicia indígena. y a modo de ir concluyendo mi ponencia me gustaría identificar algunos problemas existentes:

Por ejemplo: Si bien existen estos grandes avances reconocidos en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, aún falta la concreción fáctica de los postulados establecidos en la Constitución. ¿Y a qué me refiero? Me refiero a que los jueces, funcionarios, y la ciudadanía en general todavía tiene la concepción del monismo jurídico muy arraigada, por lo cual es evidente que es necesario: capacitación, concientización, información que se traduzca en una verdadera interculturalidad y permita alcanzar los objetivos y fines plasmados en la constitución.

Bolivia es un estado plurinacional, para lo cual se es necesario que exista capacitaciones y diálogos inter jurisdiccionales, que se cuenten las experiencias entre la justicia indígena originaria campesina, entre la jurisdicción ordinaria, entre la jurisdicción agroambiental, que exista ese relacionamiento, entendimiento y socialización.

En Bolivia se debe tratar al constitucionalismo de la mano con el pluralismo jurídico en todas las universidades, que es algo esencial, pero no solamente debe enseñarse en las universidades de Derecho, sino que también tiene que darse desde las escuelas, la familia y en todo espacio social. Ya que se debe concebir al pluralismo no solamente desde un orden jurídico, sino que va mucho más allá. Es una construcción que tiene que irradiar en todas las instituciones del estado y la sociedad.

Es necesario que los administradores de justicia respeten la coexistencia de jurisdicciones y los principios, valores y fines que irradian el ordenamiento jurídico boliviano para materializar la construcción real del estado plurinacional. Es necesario que como sociedad tengamos conocimiento de estos derechos, que charlemos, que nos sentemos, que nos conozcamos, que nos reconozcamos, que nos tomemos de las manos para que podamos construir un estado más inclusivo y en el cual se respeten las opiniones, las decisiones y sobre todo las formas de resolución de controversias para la materialización de esa tan anhelada convivencia pacífica respetando las diferencias y construyendo la interculturalidad entre todo

PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO

Msc. Iván Franko Márquez¹

¹ Licenciatura en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado en la modalidad de titulación "Derecho Procesal del Trabajo" por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado "Derecho Empresarial y Corporativo" impartido en el Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico. Maestría en la Unidad de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el programa de Maestría en Derecho. Licenciatura de Economía en el Sistema de Universidad Abierta y Escuela a Distancia (SUAYED), en la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México. Amplia experiencia docente. Encargado de litigio Civil (Civil, Mercantil, Laboral, Financiero, Administrativo y Fiscal) en la firma Ramirez, Penilla, Rubio ,Cuadra, Asociados S.C. agosto/2020 a la fecha. Director general de la Firma Franco y Pérez Tejada, especializada en Asesoría de Empresas en materias Laboral, Corporativa, Financiera, Propiedad Intelectual, Fiscal y Administrativa Clientes: Exto capital (Ducit capital S.A. de C.V. asesor en inversiones independiente, registrado ante la CNBV); Gulf trading llc; J&A Celorio, S.C., Cultura Jurídica Selecta; Rocket Administración Profesional de Proyectos Industriales S.A. de C.V., Nogamar Ingeniería Supervisión Construcción y mantenimiento integral S.a. de C.V.; The Corner Studios (Records)entre otros.

PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO

Analizando a grandes juristas, se tratará de acoplarlos en la mayor forma posible en las siguientes clasificaciones y tenemos que existen diversos pluralismos jurídicos, antes de entrar estos dos puntos que están en las diapositivas que tenemos, que existe un pluralismo institucional que es el que mayormente conocemos, que es este pluralismo que está determinado por el Estado en sí mismo, que algunos lo comentan como un pluralismo disfrazado.

Tenemos, justamente, un pluralismo antropológico que es el que justamente o de una manera digamos pues a una búsqueda de una de una utopía jurídica, es el que se encuentra que estamos trabajando todos y cada uno de nosotros, porque este deviene justamente de que cada uno de la pluriculturalidad de un estado o de la parte fáctica tenga un impacto real dentro de esta pluralidad de derecho, y no sólo abordarlo desde el punto de vista estatal o desde el punto de vista de punto de vista normativo.

También hay por ahí, tratando de meter lo que está relacionado con este, un pluralismo sociológico que deviene justamente de una interrelación o una cuestión sistémica que puede convivir entre la cuestión del Estado y cuestión de otro tipo de sociedades o más bien de entes que conviven dentro de esta sociedad. Se equipara mucho a estas teorías eurocéntrica bien comentaban otros compañeros, como lo es la cuestión de una teoría sistémica. Y por último, tenemos el pluralismo postmoderno que está permeado de una cuestión ecléctica, y como bien sabemos todas las cuestiones que nacen de una derivación de una postura o una teoría esencial, pues evidentemente van evolucionando a lo largo del tiempo, más o menos trato de hacer esa clasificación para poder abordar, me voy a quedar con dos principales que son la institucional y la antropológica, pero que también por diversos autores se conocen dentro de un estado de derecho como un pluralismo jurídico débil y un pluralismo jurídico fuerte.

Esto a que se refiere, el débil se refiere a en donde un estado empírico del derecho se establecen esas cuestiones normativas, un ejemplo, es donde el estado tanto en su norma fundamental, es decir, la Constitución, establece

ese cúmulo de derechos y el fuerte es donde cada práctica de las distintas formas que se regulan las relaciones individuales, realmente es la sinergia o forma de comportamiento dentro de una sociedad. El estado empírico del derecho de una sociedad, o en este pluralismo débil, realmente viene disfrazado de una cuestión estatal y no así de la convivencia o las costumbres que tiene realmente ciertos grupos que se encuentran dentro de un plano territorial.

Tenemos que entender, previo a poder aterrizar en México, que el pluralismo jurídico deviene de cuestiones como teorías jurídicas, permeadas de la construcción eurocéntrica, no obstante las corrientes latinoamericanas, nos hemos esforzado en construir algo que trate de quitar esa cuestión permeada del colonialismo, sin embargo ninguna idea surge de la nada, es decir, independientemente de construir un paradigma referente a todos los temas, de alguna manera u otra en algún cierto momento existan tópicos que coincidan, motivo por el cual no podemos dejar el conocimiento previo que se ha creado para poder abordar el pluralismo como lo entendemos el día de hoy.

No podemos de manera total dejar el conocimiento previo que se ha creado a través de posturas y comentó esta situación porque Debemos entender que el pluralismo jurídico deviene de una idea no positivista o iusnaturalista está intrínsecamente relacionada con la postura iusnaturalista y iuspositivista no voy a retomar estos conceptos porque entiendo que hay en la audiencia un conocimiento básico de estos conceptos.

Pero vamos a tocar los de una manera muy superficial para poder continuar la estructura del pluralismo jurídico de bienes de una postura iusnaturalista en virtud de que como comentamos hace un momento lo que queremos realmente en una cuestión de derecho es que no quede solamente establecido con el ejercicio de la potestad Estatal y que usualmente nuestros marcos jurídicos o en el ejercicio de la operación jurídica siempre se han ido plasmando a través de las cuestiones normativas o del positivismo es decir el estado en una cuestión que algunos llaman fraude o simulación introducen dicho pluralismo en el marco normativo es decir en las normas fundamentales a efecto de satisfacer esa necesidad en la sociedad; sin

embargo, en el marco fáctico o en la vida real, no está ocurriendo esta diversificación de decisiones o de aplicación de regulación de las mismas sociedades o de las comunidades, dentro de ellas pues ya comentaron anteriormente a estos grupos, como son los grupos indígenas.

El ius naturalismo entonces es el que realmente permea. Podemos decir que de las múltiples definiciones de iusnaturalismo para no definir el iusnaturalismo como aquellos tipos de derechos que devienen por sí mismo por ser un ser humano. Creo yo que la finalidad de cada uno de ellos es establecer que el iusnaturalismo tiene como fin epistemológico la justicia y el iuspositivismo tiene una carga de valor muy directa hacia la seguridad jurídica. El problema de buscar la seguridad jurídica como principio es que justamente recae en esta cuestión donde el estado como ente de potestad de una nación es el único que regula las actividades de la sociedad sin considerar en muchas ocasiones a grupos minoritarios o a grupos que pertenecen a la sociedad.

Una vez planteada esta circunstancia me gustaría aportar la situación de México y cómo se dio y consideró que, si bien tiene cierta similitud, si bien no en tiempos exactos, pero sí deviene de muchos movimientos sociales similares que se fueron introduciendo dentro de nuestros marcos fundamentales.

Para dar un breve contexto histórico, en México si bien desde 1990 hubieron algunos autores que empezaron a introducir esta idea de considerar diversas formas de entender el derecho y no solamente como este conjunto de normas emanado de teorías kelseniana evidentemente eurocéntrica vino un movimiento importante respecto a este tema en nuestro país desde 1990 primero con diversos escritos pero con centrándome en la cuestión fáctica en 1994 con la independencia de carácter económica hubo un movimiento que es bastante conocido a nivel internacional surge el movimiento zapatista en 1994 que entre los puntos que defendían o los valores que dieron surgimiento a este movimiento era reconocer los valores y la forma de convivencia de la población indígena.

Este movimiento, así como hablábamos del conocimiento, no surge de la nada evidentemente se planteó por cuestiones de carácter Agrario y laboral que en esta evolución histórica conllevan a la proclamación de constituciones que llevan cierta carga de este pluralismo no también especificado pero que con la evolución del tiempo se ve permeado y da el primer cambio para institucionalizar este pluralismo fue este movimiento de 1994.

Posteriormente a esta circunstancia todo este tiempo hubo mucha negociación por parte de los dirigentes de este movimiento, para que se aprobara una reforma donde se reconociera el pluralismo.

Cabe destacar que, desde la Constitución de México de 1917, inclusive la de 1854 venían plasmadas algunas cuestiones sobre pluralismo, pero no es sino hasta el 2001, donde con la reforma constitucional se establece este pluralismo llegando incluso a llamársele la denominada "reforma indígena". Con esta reforma no solamente se establece como tal pluralismo sino también empiezan a ver ciertas reformas en las garantías a efectos de que estos grupos en particular los grupos indígenas puedan tener acceso a poder autorregularse y que puedan vivir de forma simultánea digamos lo que viene dentro del marco constitucional junto con las costumbres de estas personas.

Avanzó en la cuestión histórica en honor al tiempo tiene una gran relación en esta reforma del 2001 que se ve plasmada en el artículo 2 constitucional de México junto con una reforma o cambio paradigmático que tuvo nuestro país en el año 2011 en donde hubo una reforma sustancial en cuanto a conceptualización y de derechos humanos, al igual que muchos países con un sistema constitucional un poco literal basado en garantías.

Y, sin embargo, llegamos de esta evolución tanto sistemática como de ponderación donde el nuevo constitucionalismo nos permite² dar una evolución mucho mayor a esta cuestión positivista que siempre ha permeado tanto en los Estados colonizados como en los sistemas o estados que tenemos un sistema romano-germánico esta evolución o

2

instrumentación del pluralismo jurídico muchos autores tienen en consideración especialmente en México que esté pluralismo que llaman institucionalizado realmente pierde vigencia la razón de ser del pluralismo jurídico como tal que si bien es cierto dentro de nuestro marco jurídico se encuentra establecida también hemos entendido que lo largo de la historia y de estas reformas constitucionales se han dado en Latinoamérica.

Hemos entendido que si bien es cierto están plasmadas dentro de un marco normativo quizás la eficacia de que se ejerciten dichos prerrogativas o dichos derechos humanos muchas veces se quedan por debajo del texto jurídico de ahí éste intentó en Latinoamérica de construcción quizás si no simultáneo o no en colaboración total pero sí atendiendo a que obviamente por la cuestión territorial siempre los movimientos sociales se ven reflejados en los movimientos de ideas científica, podemos determinar que, no necesariamente esto se ve reflejado en el plano fáctico de ahí que en México ligando lo con la parte conceptual del principio tenga establecido lo que llamé hace rato un pluralismo débil, es decir tiene establecido el pluralismo dentro de un marco normativo sin embargo en la vida práctica no es necesaria.

Para mencionar cómo vivimos el pluralismo en México, desde la perspectiva de su servidor y varios autores consultados me voy a permitir mencionar el artículo 2 de la Constitución Mexicana que menciona que "La Nación Mexicana es única e indivisible" y "...La Nación tiene una composición pluricultural" es decir existe una distinción expresa derivada de esta evolución histórica y de estos movimientos de 1994 y la reforma a la constitución. Vemos que se encuentra expresamente delimitada esta circunstancia y que se encuentra sustentada como dice el artículo "originalmente en sus pueblos indígenas" que habitan en el territorio nacional. Como ejemplo de pluralismo jurídico que se inserta dentro de nuestro marco normativo, tenemos aquí la fracción VII, que es muy interesante, y habla de "Elegir en los municipios con población indígena representantes ante los ayuntamientos observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables."

Esto qué quiere decir, para responder esta pregunta, es necesario aterrizar en el México actual, como ya bien lo he mencionado, si bien es cierto tenemos el fundamento constitucional en este artículo 2 sobre el pluralismo jurídico, lo cierto también es que en la realidad es complicado que este tipo de personas al ser un grupo o una minoría muchas veces se encuentran desprotegidos por la eficacia de estas normas. Uno por la ignorancia de estas mismas normas porque ellos dentro de su núcleo de convivencia tienen bien definido cómo conviven y cómo se regulan entre ellos mismos.

Por el tiempo no quise saturar con ejemplos de sentencias, pero dónde se ha visto estas circunstancias de manera más evidente es en materia electoral es decir en diversos grupos indígenas de grupos vulnerables dentro de nuestro país que en diversas ocasiones han intentado convergir dentro de ese mismo marco social sin embargo en el uso de nuestro marco jurídico estricto por cuestiones de carácter político económico transgreden los derechos de estas personas y comunidades a efectos de obtener el beneficio de estas comunidades a través del instrumentado en la constitución.

Entonces como bien lo he mencionado dentro de nuestro país han habido grandes avances en la instrumentación del marco normativo ciertas jurisprudencias Pero también es cierto que en cuanto a la aplicabilidad de las mismas se encuentra nuestro país un poco corto. Los avances han sido evidentes, pero como se ve en toda Latinoamérica estos se quedan cortos Al momento de construir un pluralismo jurídico fuerte.

Cabe señalar que no en todas estas circunstancias a ocurrido en perjuicio de las comunidades de igual manera, en diversas comunidades, a ocurrido que atendiendo a estos principios o a dicha pluriculturalidad por diversas ocasiones no ha sido compatible con el marco jurídico constitucional y la corte se ha tenido que pronunciara al respecto en algunas comunidades en atención a diferentes ideologías no obstante su modo de vida y su convivencia sea violentado otros derechos humanos y fundamentales respecto a ciertos grupos vulnerables dentro de las mismas comunidades, como las mujeres los menores de edad, donde, si bien es cierto, se debe respetar la convivencia y la autodeterminación y su forma de regularse, también es cierto que en algunas medidas que se han tomado inclusive en

casos donde se ha llegado hasta a la muerte de personas en castigos derivado de las costumbres o las medidas que ellos toman entonces tanto nuestros tribunales federales como la Suprema Corte han emitido algunos ministerios donde indican que si bien es cierto como todos los Derechos Humanos debe de ser protegido de cualquier forma, también estos no se encuentran por encima de otros derechos.

Entonces como lo hemos dicho anteriormente las autoridades deben hacer este ejercicio de ponderación no significando que un derecho humano esté por encima de otro, pero en este caso concreto y particular se debe dar prioridad. Uno de los dos derechos debe prevalecer sobre el otro.

Finalmente, quiero aterrizar con esta idea la aplicación de los usos y costumbres de los pueblos indígenas no puede ser una excusa para intensificar la opresión incluso al interior de las comunidades indígenas de aquellos miembros tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas o personas con discapacidad entre otros colectivos históricamente desventajados. Esto lo mencionó ya que como cualquier grupo que conviva en cierto tiempo y tenga reglas pues evidentemente siempre existe una forma de controlar la convivencia.

Y dentro de esta cuestión punitiva, como lo hemos vivido a lo largo de esos años. Ahora tenemos teorías más sofisticadas para resarcir los daños causados pues dentro de estos grupos muchas veces se utiliza la violencia para dar castigos a actos que se cometan dentro de la comunidad.

Si bien es cierto es importante este tema, sobre todo en México por su ubicación territorial a veces dista de las corrientes de Latinoamérica, lo cierto es que en cuestiones de colonización y cuestiones epistémicas o de nuevos principios siempre va de la mano con otros países como Ecuador, Colombia, Chile.

Entonces es importante determinar en un primer momento qué significa el pluralismo no solamente desde una visión normativa, sino que implica el pluralismo para poderlo aplicar y no solamente incluirlo en nuestros marcos normativos o nuestras cartas magnas si no poder encontrar los medios y formas necesarias para que eso sea aplicado.

JUSTICIA INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA.

PhD. Raquel Irigoyen Fajardo¹

¹ Abogada (PUCP), Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, con Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (UB); Especialización en derecho consuetudinario indígena por la UNAM-USAC, International Fellow in Comparative and Federal Indian Law” por la Universidad de Oklahoma, entre otros postgrados. Ha trabajado en misiones de la ONU, la OIT, la CIDH y la cooperación internacional en temas de DH, pluralismo jurídico, derechos de pueblos indígenas, mujeres y acceso a la justicia, en varios países de Latinoamérica y el Asia. Actualmente es Docente ordinaria de la PUCP, consultora internacional y miembro del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS donde desarrolla acciones de litigio estratégico, asesoría en materia de propuestas legales, formación e incidencia. También ha sido docente de la Corte Interamericana de DH, así como docente invitada de Universidades de Europa y las Américas, y es autora de varias publicaciones.

JUSTICIA INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA

Al hablar sobre el tema de la justicia indígena en las Américas, es un tema que es un reto en América Latina y no solamente en el Perú, sino también en Ecuador y en los diversos países. Tenemos pueblos con todos los antecedentes de poblaciones que preexisten al Estado, y que actualmente hay pueblos indígenas y afrodescendientes que tienen sus sistemas normativos.

Sin embargo, todavía vemos represión, en este sentido, en este momento de la historia tenemos un conjunto de normas tanto internacionales como constitucionales, que claramente reconocen los sistemas jurídicos indígenas.

Pero, sin embargo, continúa la criminalización de las autoridades y miembros de los pueblos indígenas. E inclusive el año pasado ante el Congreso de la República del Ecuador, se sustentó una amnistía ¿Por qué? Porque vemos que ha sido necesario hacer un control político del Congreso, porque habían muchísimas autoridades del pueblo Cañar, una veintena de autoridades perseguidas, procesadas por administrar justicia. Actualmente el Perú prepara una amnistía, porque hay miles de autoridades perseguidas. Según la fiscalía de Perú hay más de 450 denuncias contra autoridades indígenas.

Entonces esto nos da cuenta de qué ha pasado en la región. A pesar de que el Convenio 169 de la OIT, que fue adoptada en 1989. Estamos hablando de más de tres décadas. Entró en vigor el Convenio 100 hace 30 años. En 1991 entró en vigor el Convenio 169 de la OIT, y cómo es posible que tenemos 30 años de vigencia de esta norma y sigue la criminalización de las autoridades indígenas, y que además, se ha vuelto más sofisticada la represión. ¿Por qué? Porque las cortes constitucionales utilizan la idea de que la jurisdicción indígena no puede violar los derechos humanos para imponerle una serie de cargas de debido proceso que acaban terminando en nuevas formas de colonialismo.

Por ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional del Perú abundan en este sentido. Todavía hay un peso muy fuerte de dos enfoques que nos impiden realmente el reconocimiento pleno efectivo del pluralismo jurídico y una coexistencia democrática pluralista. Descolonizar con los pueblos, que los pueblos puedan vivir en paz aplicando sus sistemas jurídicos, sin ser perseguidos.

Los problemas vienen de una mentalidad monista del siglo XIX que hace que, por ejemplo, un magistrado del Tribunal Constitucional del Perú dicte que las actas de la justicia indígena tienen que contener la imputación debida y una serie de reglas del debido proceso occidental. Todavía hay una idea del monismo jurídico como peso, en otros casos no pueden conocer casos graves. Esta esta idea viene de la era colonial.

Esos son los dos grandes retos que tiene en este momento la vigencia efectiva del pluralismo jurídico. Esta dificultad de pasar del paradigma del monismo jurídico que identifica un derecho con un Estado para pasar realmente al paradigma del pluralismo jurídico, es decir, la idea de que coexisten sistemas jurídicos dentro del Estado y que los pueblos, así como antes de la era colonial, antes de la llegada de los europeos, tenían sus sistemas jurídicos, y que actualmente también los tienen.

¿Cuál es el problema? Decíamos de un lado está esta idea del monismo jurídico, que todavía está muy fuerte y muy presente y que impide esa vigencia efectiva. Y otro reto identificado es una persistencia del pluralismo jurídico subordinado o colonial. Si nosotros decimos hay pluralidad como diversidad de sistemas jurídicos, pero le aplicamos un paradigma monista, decimos aquí vemos diversidad, pero sólo vale un derecho, sólo valen las reglas del sistema occidental y entonces usted cumpla la imputación debida, cumpla el debido proceso, notifique como se debe notificar según el Estado, mande sus escritos, o sea, le aplicamos todas las reglas del Estado o usted presente dentro de un determinado plazo su acción de incompetencia o su solicitud de declinatoria, y si se le pasó el plazo, ya no tiene derecho. En Bolivia, en Ecuador, en Perú se procede a aplicar a los pueblos indígenas las reglas del derecho occidental.

Recordemos que por razones prácticas la Corona reconocía los sistemas jurídicos indígenas, pero solamente los consideraba no normas, aunque decía, tenían antiguamente leyes. Pero después de que son cristianos, ya no considera que tienen leyes, sino usos y costumbres que no se encuentran, que colisionan con la sagrada religión y con las leyes de este libro.

Es decir, el modelo de pluralismo subordinado sólo permite usos y costumbres que no choquen con la religión ni las leyes coloniales. Y esto está muchas veces en el ADN de magistrados, inclusive constitucionales, que todavía quieren constreñir los sistemas jurídicos indígenas a este reconocimiento colonial. Aplican e interpretan las normas contemporáneas desde las leyes de Carlos V de 1555.

Igualmente aplican otra ley de Indias, donde dice que se declara la jurisdicción de los caciques y que la jurisdicción de los casos criminales de los que los caciques han de tener a los indios de sus pueblos, no se ha de entender en causas criminales sin que hubiera pena de muerte o pena grave. Es decir, sólo se les permite aplicar justicia en casos menores, no cuando había, por ejemplo, casos de homicidio o casos graves. Entonces esta también es una manera colonizante de entender y de interpretar el derecho.

Todos recordaremos el caso de la Cocha, que fue muy famosa en Ecuador, pero en Perú, lamentablemente, el Tribunal Constitucional ha hecho un retroceso en las últimas décadas del avance de la Corte Suprema del Perú. La Corte Suprema venía haciendo esfuerzos importantes para descriminalizar la justicia indígena e inclusive con sentencias en las que decía, la justicia indígena se aplica en casos de homicidio, de violación sexual.

En este sentido, y, sin embargo, el Tribunal Constitucional, cuando recibió el caso de una unión conyugal temprana, dijo no puede conocer la justicia indígena, ningún caso de niños, de niñas, de mujeres, de población vulnerable, porque no pueden violar los derechos humanos. Con lo cual, obviamente presume que la jurisdicción indígena es violadora de derechos humanos por el solo hecho de conocer casos de niños, niñas, mujeres o población vulnerable.

Entonces hay un racismo muy fuerte también desde las cortes constitucionales, muchas veces. Y ¿por qué? Porque está presente esta mentalidad colonial, no como esta Ley de Indias, donde se decía que los caciques solo tenían competencia material para casos menores en lo penal y casos civiles hasta tres reales. Competencia personal sólo en los indios de sus pueblos, no podían juzgar a españoles. Obviamente porque estábamos en una era colonial, donde solamente podían juzgar dentro de sus pueblos. Ahora tenemos un derecho internacional más amplio se siguen leyendo estas normas contemporáneas desde estas categorías coloniales. De hecho, en la era republicana no se admitió ningún sistema jurídico indígena, porque regía el paradigma del monismo con la consecuencia de represión y criminalización.

Estamos en el marco de un pluralismo jurídico igualitario con normas como el Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho consuetudinario, las instituciones de los pueblos, los métodos de control de delitos entre sus miembros que se debe considerar su cultura y sus costumbres cuando se aplica la legislación nacional.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007, que avanza, no solamente habla de derecho consuetudinario de uno, sino de sistema jurídico indígena. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016 que avanza a hablar del respeto de los sistemas jurídicos indígenas y de la jurisdicción indígena; y de las reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia, que también plantea el incentivo de los sistemas de resolución de conflictos entre indígenas e inclusive la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que si bien no existe un caso sobre jurisdicción indígena, sin embargo, al tratar otros temas ha mencionado esto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en un temprano caso de Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, se trataba de una masacre que ocurrió en Surinam. El Estado aceptó, reconoció la masacre y la sentencia de reparaciones. Cuando se enfrenta al tema de cómo pagar a los deudos, se encuentra que había poligamia. Obviamente, el estado de Surinam sólo quería pagar a una mujer deuda a la viuda y decía, solo hay una viuda, según

el derecho civil de Surinam, que es semejante al holandés y al continental europeo.

De ahí la Corte Interamericana dijo aquí lo eficaz es que hay un derecho consuetudinario, un sistema poligámico y no se puede descuidar a todas las mujeres. No vamos a pagar a una y descuidar a las otras viudas. Y la corte puso en cuestión el derecho consuetudinario, que era lo que regía en la vida real de forma efectiva y ordenó a Surinam pagar a todas las viudas e inclusive reparaciones colectivas al pueblo Saramaka. E igualmente en otros casos, la Corte Interamericana, que ha visto otros temas como propiedad o consulta previa, ha dicho que se debe respetar las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos en materia de sus prácticas sobre tierra, sobre consulta previa, etcétera.

En la sentencia del Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam del 2015 la Corte IDH dice que se respeten los mecanismos internos de decisión de controversias. Esto es lo que la Corte Interamericana ha ido avanzando sin que haya visto ningún caso sobre jurisdicción indígena.

¿Qué tenemos en los instrumentos internacionales? Tenemos el concepto de sistema jurídico de los pueblos indígenas que comprende sus normas o su derecho consuetudinario. Lo que antes era monopólico del poder legislativo de dar leyes, también comprende sus estructuras institucionales, sus autoridades, lo que antes era monopólico del poder ejecutivo y comprende funciones jurisdiccionales, la jurisdicción indígena, lo que antes era monopólico de la administración de justicia del poder judicial.

Casi todas nuestras constituciones decían que sólo el poder judicial administra justicia, ahora en el derecho internacional vemos en el convenio la Declaración de Naciones Unidas y la Declaración Americana que comprenden provisiones que reconocen los sistemas jurídicos indígenas, incluyendo las normas prácticas. El Convenio 169 habla de conservar las costumbres, y la Declaración de Naciones Unidas del 2007 añade unos verbos, no solamente habla de mantener o conservar las costumbres y tradiciones, sino promover y desarrollar estas costumbres, tradiciones y normas propias. Al igual que la Declaración Americana del 2016, que

también usa esos verbos, el derecho a promover, desarrollar y mantener sus costumbres, su propio derecho y sus sistemas jurídicos que deben ser reconocidos y respetados igualmente.

Estos son instrumentos internacionales que hablan de conservar las instituciones, así empezó el convenio 1989 y luego fue evolucionando. Utilizar verbos como conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas, determinar las estructuras y composición de sus instituciones y sus propios procedimientos; y la Declaración Americana también habla del derecho a las propias estructuras institucionales.

En materia de jurisdicción indígena empezó tímidamente el Convenio a hablar del respeto de los métodos de control de delitos de sus miembros, que puede ser dentro o fuera de su ámbito territorial, pero el respeto del control de delitos de sus miembros por los pueblos indígenas en la Declaración Americana se amplió a procedimientos, prácticas, sistemas jurídicos que comprende también determinar las obligaciones de sus miembros, y habla del derecho y la jurisdicción indígena y el reconocimiento de sus instituciones para el control de sus pueblos y comunidades.

Una provisión específica en la Declaración Americana, es muy interesante porque es el artículo 22 inciso 2, que dice que: el sistema jurídico y de los pueblos indígenas debe ser respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional. Entonces estamos hablando del sistema jurídico con la capacidad de los pueblos de darse normas, autoridades y funciones jurisdiccionales. Además de derechos de los indígenas a tener intérpretes, defensa propia, aplicar su cultura y penas alternativas a la prisión, esto es lo que tenemos en el derecho internacional.

En el derecho constitucional comparado tenemos cuatro ciclos de lo que llamaríamos el horizonte del constitucionalismo pluralista en los ochentas con la emergencia del multiculturalismo en países pues como Canadá, en el 82, en Nicaragua el 87, Guatemala en el 85, Brasil en la frontera en el 88, que reconoce la diversidad cultural y derechos indígenas.

En Canadá desde un derecho individualista se decía que para que los individuos sean libres e iguales es necesario reconocer el ethos no justo, la

etno justicia, o sea, que los grupos a los que pertenecen esos individuos tengan una cierta igualdad y por eso plantean, por ejemplo, la cooficialidad del francés y el inglés. Para que los individuos que hablan esos idiomas adoptar tengan. A raíz de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, se expanden los países que reconocen el pluralismo jurídico interno.

Después vamos a tener en el marco de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas dos países: Ecuador y Bolivia, que no solamente reconocen que el Estado es pluricultural, que hay pluralismo jurídico interno, sino que el Estado es plurinacional, como el caso de Ecuador y Bolivia.

Bolivia avanza inclusive al hablar de que cuando se presume la violación de derechos humanos o se presenta una presunta denuncia por violación de derechos humanos de los pueblos indígenas, esto no lo debe resolver solo un juez constitucional, sino un tribunal mixto plurinacional donde haya autoridades de los pueblos indígenas que participan en esa decisión.

Y tenemos el cuarto ciclo de este pluralismo, que es el eco constitucionalismo, que no solamente entonces reconoce una diversidad de culturas en los ochentas, una diversidad de pueblos y sistemas jurídicos en los noventas o una diversidad de naciones que conforman el Estado en la primera década del siglo XX.

Sino también que hay diferentes sujetos que pueden ser es protegidos como seres vivos, como la propia naturaleza. Entonces, en este constitucionalismo pluralista, lo importante es hacer una interpretación del mismo de conformidad con el convenio en el que no hay un límite a las materias. Estas son las constituciones de los noventas.

Si vemos el convenio el mismo dice que tendrán el derecho de conservar sus costumbres e instituciones, siempre que no sean compatibles con los derechos fundamentales o humanos y de ser necesario se establecerán procedimientos para solucionar los conflictos que pueda haber en la aplicación de este principio de no incompatibilidad. En ningún momento dice que los metan presos o que los manden a la justicia penal. Y en el caso no hay un límite a la materia, no hay un límite a la persona.

En el caso de Perú y Colombia es bastante claro por el fraseo constitucional, que pueden ejercer función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial, aplicando su derecho consuetudinario. No hay ningún límite a la materia. Por lo tanto, tampoco les podrían poner por vía normativa o jurisprudencial.

Entonces, es un error de los tribunales constitucionales y de las cortes cuando ponen este tipo de limitaciones o cuando les exigen plazos para presentar acciones de incompetencia o declinatoria de competencia, cuando claramente estas normas dicen que lo que deben cumplir es su propio derecho consuetudinario y claramente tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias. El único límite es no violar los derechos humanos. Pero miren, para cuando se presume que ha habido una violación de derechos humanos, deben establecerse procedimientos para solucionar ello.

Y el artículo 2 del convenio establece que la aplicación de todo el Convenio debe establecerse una acción coordinada y sistemática, es decir, debe haber una coordinación. Inclusive los jueces constitucionales tendrían que entrar a relaciones de coordinación con las autoridades indígenas, pero de ninguna manera pueden mandarlos a procesos penales.

Entonces, es importante tener en cuenta este reconocimiento del derecho propio como capacidad de los pueblos de darse sus normas, que las funciones jurisdiccionales son las que tienen cualquier juez de convocar a las partes de negocio, de conocer el caso, de juzgar, de aplicar coerción, de tener, hacer, trabajar, hacer revolver bienes. Y eso no conforma en sí mismo una violación de derechos humanos y tienen la capacidad de dar sus autoridades con el nombre que sería un consorcio de justicia, justicia indígena, etc., y no por eso van a ser materia de represión.

Fue muy importante el avance que hizo Colombia al decir solamente cuando hablamos de derechos humanos se les debe exigir su debido proceso y no matar, no torturar y no esclavizar. Lamentablemente otras cortes constitucionales han aumentado una serie de requisitos, como decía la del Perú, que es una de las que se ha vuelto más restrictiva, tiene muy pocas sentencias, pero todas restrictivas.

Desafortunadamente, mientras la Corte Suprema del Perú prácticamente absorbía todas de ronderos indígenas que eran procesados por administrar justicia. Pero desde que ha intervenido la Corte, el Tribunal Constitucional ha entrado con criterios muy limitativos, a pesar de que en el Perú inclusive tenemos la norma que el Código Procesal Penal dice que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos referidos en el artículo 149 de la Constitución. Es decir, cuando un hecho se resuelve, o sea, se desarrolla dentro del ámbito territorial de un pueblo indígena, eso es competencia de la jurisdicción indígena en la jurisdicción penal no debería de entrar.

Sin embargo, una última sentencia el Tribunal Constitucional ha dicho se trataba de una comunidad donde la autoridad ronderos, que es el grupo encargado de hacer justicia dentro de la comunidad, cita a unas personas acusadas de un caso grave y estas personas para no ir a la asamblea donde iban a ser juzgadas, interponen una denuncia por coacciones a la ronda. Se interpone una acción de amparo simplemente por citar a alguien para juzgarlo, cuando esto ha llegado al Tribunal Constitucional, infunda la demanda de las rondas. ¿Cómo puede ser que habiendo un reconocimiento constitucional, el Tribunal Constitucional diga que la justicia penal tiene que abrir un proceso por coacciones para vigilar por si cumplen los derechos de la persona? Realmente hay una presunción racista de violación de derechos humanos.

El gran reto actualmente con constituciones como la de Ecuador y la de Bolivia es justamente plantear un Estado plurinacional donde los pueblos tienen igual dignidad y derechos. Ya no debería de haber esta persecución a los sistemas jurídicos indígenas, sino un diálogo intercultural. Debe terminar ese enfoque neo colonizador que se utiliza a través de figuras como no violar los derechos humanos, el debido proceso desde un enfoque monista o desde un pluralismo jurídico subordinado. El resto es que caminemos hacia la descolonización del derecho.

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA PENAL EN COLOMBIA

Msc. Alexandra Ruiz¹

¹ Abogada por la Universidad de Nariño, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, especialista en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia y cursa el doctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Es autora varios artículos relacionados con constitucionalismo publicados en diversas editoriales. Se desempeña como docente de la Universidad de Nariño de Pasto, sede Colombia y de la Universidad Tecnológica de Ambato. Ecuador.

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA PENAL EN COLOMBIA

Una reflexión medular en este tiempo es la falta de identidad cultural. No sabemos que somos, no sabemos que genes tenemos. Y es indudable que, si nos observamos, que muchos tenemos un poco del cabello ensortijado, no un color blanco europeo, ni unos ojos claros todos, lo que quiere decir que somos esa mezcla, esa mixtura. No es nada nuevo, pero a veces se nos olvida.

Parece ser que el ideario de ser un hombre blanco, de tener ojos claros y de tener una estatura alta, todavía sigue imponiéndose como modelo y no solo como modelo referente en torno a moda, sino que se nos vuelve un referente en torno a educación y en torno a lo que es propio o lo que es adecuado en el contexto jurídico, idea que definitivamente debemos despojar de nuestra cabeza.

Mirábamos de niñas un programa que se llama Dragonball y precisamente cuando aquel protagonista tomaba mayores poderes era cuando se transformaba en un hombre rubio y de ojos azules y entonces demostraba superioridad. Situación que debemos enseñar desde quienes están en nuestras casas a que no tiene que ser la idea imperante a que tenemos que cambiar, esa es el modelo que se nos ha instaurado y que, como digo, no sólo está vigente en iconos de moda, sino que está vigente en nuestras instituciones jurídicas.

Para hablar de la jurisdicción especial en Colombia, tenemos pues, que administrar justicia por parte de las comunidades indígenas. Es una apuesta del Constituyente del 91, tras un reclamo que logran esas minorías tenidas en cuenta en el proceso constituyente, con un espacio de poder administrar justicia. Que no únicamente es punitiva. En algunas investigaciones se ha observado que incluso se hace alusión a sucesiones dentro de comunidades indígenas. Para poner un ejemplo en el Cabildo del Gran Cumbayo es la autoridad indígena la que tiene que dirimir situaciones de conflictos civiles. Pero bueno, mayoritariamente entendemos que la jurisdicción indígena hace alusión a lo punitivo, a lo que concierne a los delitos.

En Colombia hay tres escenarios donde se puede observar. Ese es el lineamiento o esa, esa luz que da el ordenamiento jurídico, ese gran ordenamiento jurídico en torno a cómo debe funcionar la jurisdicción indígena. Un primer evento o un primero primera categoría, que es la jurisdicción indígena en el sentido estricto. Cuando una autoridad indígena puede investigar los delitos, investigar y sancionar. Cuando se dan unos presupuestos, esos presupuestos vienen a ser un fuero personal. Es decir, que el sujeto activo de la conducta como el sujeto pasivo de la conducta, entendámoslo como víctima, aunque tiene más de ello el concepto ese fuero personal, que se cumpla un segundo fuero, que es el fuero territorial. Un fuero territorial que nos lleva a ubicarnos, a que la conducta o a que la agresión se haya cometido dentro de la comunidad indígena, en ese territorio.

Sobre este aspecto, sobre ese fuero territorial, me permito hacer una precisión que la hizo la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido de que ese factor territorial se puede hacer extensivo también cuando la comunidad se haya asentado en un lugar diferente, que haya salido de ese territorio que inicialmente lo era su asentamiento y fue a partir de un caso. Una población, una comunidad que estaba asentada en cierto territorio, fue expulsada bajo este fenómeno del desplazamiento forzado y tuvo que llegar a Bogotá.

En Bogotá les dieron una casa donde podía estar toda la comunidad. Entretanto, se buscaba bien sea volver al territorio, otro lugar donde pudiesen continuar con sus usos y costumbres. Dentro de esta casa que ya estaba en Bogotá, se comete una conducta punible, se entiende que uno de los alegatos era que no se cometió dentro del territorio y ahí la Corte Constitucional lo que hace es hacer extensivo ese factor territorial a que no únicamente está ligado a la tierra. Objetivamente hablando, tendríamos el fuero personal, el territorio y un foro institucional que tengan una autoridad que pueda entrar a sancionar y a manera de purga se reproche la conducta que se haya cometido en ese primer escenario, entonces estaríamos hablando de jurisdicción indígena en sentido estricto.

Un segundo escenario, es aquel en el cual, con la dogmática penal, podríamos ubicarnos en la teoría del delito y específicamente en la culpabilidad. Y entonces un sujeto activo de una conducta que tiene una cosmovisión diferente, en una circunstancia de inimputabilidad por diversidad social y cultural, o una prohibición o un error de prohibición de dogmática penal, estaría bajo la idea de que el sujeto activo no comprendía, no tenía totalmente el dominio. Esa conducta aquí, en su cosmovisión, en lo que conoce, en lo que considera, en su valoración de lo bueno y de lo malo, y en ese aspecto. Si estamos hablando de inimputabilidad, se llegará a establecer la responsabilidad.

Pero lo que no se hará es sancionarlo, porque a los inimputable se les imponen medidas de seguridad, de tutela, de cautela que no aplican para el caso de los indígenas o de quien predique una diversidad social y cultural porque no está enfermo, como es el caso del transtorno mental o de la inmadurez psicológica, sino lo que mira y observa es el mundo con una cosmovisión diferente y que incluso eso es objeto de una protección, de una protección estatal, pero no la misma protección que se daría a la otra categoría de inimputables.

Allí estaría otro escenario de la jurisdicción indígena o de esa luz que nuestro texto constitucional ha irradiado y se ha desplegado para el ordenamiento penal. Y finalmente, un tercer escenario que se puede lograr esbozar es que quien actuó con dolo tiene que ser sancionado. No se puede perder de vista ni dejar a un lado que estamos frente a una persona que pertenece a una comunidad, seguirse acoplando y cuidando esa diversidad étnica y cultural.

En este tercer escenario, pese a que la jurisdicción indígena, la que entra a cautelar, mejor, la que entra a investigar y a sancionar a quien defraudó los bienes jurídicos que protege el Código Penal y se ha planteado por parte de la Corte Constitucional una salida que es un sustituto. Que la persona no vaya a un establecimiento carcelario porque eso representaría la pérdida de su diversidad cultural, sino que esta persona vaya a un lugar que se conocen como centros de armonización más altos por parte de la comunidad, bajo la dirección de los gobernadores indígenas, con la finalidad de que cumplan

allí su reclusión y de esa manera poder seguir guardando lo que concierne a esa libertad cultural evitando el proceso de culturalización.

Brevemente la jurisdicción penal en Colombia. Respecto a este último escenario ha sido este de que se concede en un lugar diferente que no sea el intra mural el que conocemos como la cárcel. Bajo ese panóptico que se nos ha ilustrado siempre a un lugar de un centro de armonización. Lastimosamente se ha alzado la voz respecto a que esto puede resultar una impunidad en torno al pago, a la purga de la sanción, y que se miran y se observan algunos manejos que no son los que nuestra Corte Constitucional, bajo una idea de protección de esa diversidad cultural teológicamente quisiera, sino que se observa que se toma como un juego y que se pasan a un centro de sustitución donde quizá no se está controlando ni logrando ese fin del cual se estaría derivando en principio el razonamiento de la Corte. Pero eso es el capital humano que está fallando en esos aspectos.

Se había manifestado es importante reflexionar en torno a cinco aspectos. Todo lo que atañe a la justicia constitucional, que tiene que ver también de cerca con todo este mundo del pluralismo y de la diversidad étnica. Un primer aspecto, es que no tenemos una identidad cultural clara y aparte somos peyorativos con lo que es genuino, con lo que es puro y somos una mezcla de todo. Pero pese a eso, tenemos un aire de superioridad por considerar que pertenecemos a una jurisdicción mayoritaria hegemónica, una idea heredada que, debe revisarse porque de lo contrario no estaríamos avanzando. No reconocemos nuestros antepasados, es más, no sabemos. Cuando hablamos de Latinoamérica hablamos de nuestro territorio, colonizado, donde se dio una mixtura de lo cual somos producto nosotros, una mezcla. Nuevamente la reflexión respecto a ese punto.

Un segundo aspecto es el monismo jurídico, que simplemente fue un trasplante de Europa. Sabemos todo lo acaecido en Europa y en época de colonización, y lo que se hace es traer ese monismo jurídico que por ser monismo jurídico es jerarquizado y no admitió dentro de esa jerarquía una diversidad.

Es por eso que se arrancó a partir de los años finales de los años 80. En otras constituciones y en Colombia en el año 90 de la Asamblea Constituyente. Quedando materializado en la Constitución del 91, ese espacio de pluralismo. En contraste a ese monismo se nos implantó dejando a un lado esas diversidades. Entonces la Constitución del 91, para el caso colombiano, y muchos símiles en los países del orbe arrancaron un espacio para poder las minorías étnicas poder ser visibilizadas. Ese es el pluralismo jurídico.

¿Qué requerimos para proteger entonces la diversidad cultural? ¿Requerimos que sea estático, que se piense en un hombre de la caverna para hablar de diversidad social o cultural? O es que también las propias comunidades pueden tener un dinamismo, una dinámica que pueda llevar a implementar cambios.

Cuando las comunidades indígenas lo que buscan son llevar fuentes del debido proceso, llevar instituciones propias y acoplarlo a su cultura como si fuera una gran ganancia, esa diversidad y diferencia es lo que los hace ricos. Y es eso lo que se tiene que cautelar y no que tiene que hacerse eco de a copiar del monismo jurídico instituciones para poder considerar que estas son válidas y que éstas son adecuadas y que son certeras para la aplicación del derecho.

Entonces hay que revisar si es que estático proteger la diversidad o si es que tiene que mantener una dinámica pero propia, que no sea impuesta y que no sea una copia. Porque estaríamos transplantado lo mismo, pero en una sociedad de lo mayoritario a lo minoritario.

Otro tercer aspecto es que se asocia a los indígenas con la protección de la Tierra. No se entiende por qué a veces pareciera que nos avergonzara empezar a reclamar esos derechos medio ambientales y esos derechos de la tierra como propios a todos y no únicamente a las comunidades indígenas. Y entonces hablamos de comunidades indígenas, de protección, de las riberas, de los ríos. Pero hablamos con la clave de consulta previa para minorías étnicas, cuando debería ser un compromiso de todos, de todas, incluso de todos los que compartimos este planeta, esa defensa por el medio ambiente. Y no únicamente asociar peyorativamente a que es una

carga que les compete a las comunidades indígenas. La clave es empezar a verificar como la protección para todos, pero no para la protección del ser humano, sino para la armonía entre el ser humano y las especies.

Otro punto según Jaime Garzón, de una de las conferencias analiza un poco el contexto colombiano con un poco de humor. Y entonces plantea que la Constitución de 1991 trae un artículo que es importante pero que es feo, que es el siguiente: "ARTÍCULO 12. Nadie sea sometido a desaparición forzada a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Es un artículo fuerte. Es una norma constitucional prohibitiva, en palabras de Jaime Garzón es como si invitáramos a alguien en nuestra casa y le dijéramos no se vaya a sonar la nariz con el mantel.

Cuando tenemos una Constitución así, sabemos entonces que estamos en un país que de entrada podría llegar a ser conflictivo. Entonces lleva esta Constitución y este particular artículo 12 a que lo traduzca la comunidad wayuu, comunidad que está sentada en Santa Marta, minoría étnica que traduce este artículo 12 en lo siguiente: "Nadie podrá llevar por encima de su corazón a nadie, ni hacerle a su persona mal, aunque piense o diga diferente", con la traducción en Wayúu de este artículo ¿cuántos problemas se solucionarían si aplicáramos ese artículo 12 de la Constitución Wayúu?

El capital humano es fundamental, nos resolvería incluso estar en problemas de que si el sustituto indígena funciona o no funciona, y entonces el llamado es a que dentro del rol que estemos desempeñando como estudiantes o en calidad de docentes, a cumplir con ese capital humano, a cumplir con ese llamado del artículo 12 de la Constitución Wayuu: "no llevar a nadie por encima de nadie".

DERECHO DE LAS PERSONAS AL MEDIO AMBIENTE SANO

PhD. Gonzalo Ramírez Cleves¹

¹ Profesor e investigador de la Universidad Externado de Colombia y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la misma universidad. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2003) y especialista en derecho constitucional y ciencia política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (2000). Es autor del libro "Límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción" (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005) y "Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma" (2003) y múltiples artículos sobre la reforma constitucional en Colombia. Ha sido profesor invitado en la University College of London (UCL), Paris X Nanterre y Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras. Se ha desempeñado como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional colombiana por más de 5 años. En la actualidad es editor en jefe de la Revista Derecho del Estado, publicación cuatrimestral del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

DERECHO DE LAS PERSONAS AL MEDIO AMBIENTE SANO

El tema que se va a hacer referencia es sobre los derechos de la naturaleza, específicamente el caso del Río Atrato en Colombia. Sin embargo, se va a hablar de los que pueden ser los derechos de la naturaleza en la Corte Interamericana, las decisiones y opiniones consultivas. Y después vamos a llegar al caso del Río Atrato.

Primero vamos a hablar de la visión antropocéntrica versus la visión etnocéntrica desde el antropocentrismo, es una idea filosófica en el cual se concibe al ser humano como el centro de todo. Es decir, el hombre es el que está en el centro y por lo que se produce una supeditación de los demás seres vivos, al medio ambiente a las necesidades y bienestar del ser humano. Especialmente el hombre es el que realmente es sujeto y titular de derechos. Y las cosas, dependen del hombre entre ellas, es el único sujeto de derechos, es el hombre. Eso es desde el punto de vista jurídico. Aunque hay excepciones, por ejemplo, las personas jurídicas, que son también titulares de derecho, y, por lo tanto, pueden llegar a actuar en el mundo jurídico.

Entonces, un ejemplo de la aplicación de la teoría antropocéntrica, son los marcos legales que regulan la relación entre administración, uso y manejo del agua, que es un poco también lo que se está discutiendo ahora. ¿Saben ustedes que hace poco creo que el año pasado entró el agua dentro de las acciones de Wall Street? y seguramente y lamentablemente las próximas guerras serán por el agua, porque es un recurso escaso y no existe una regulación adecuada en el manejo del agua.

Entonces, en busca de una teoría alternativa a la antropocéntrica se ha desarrollado la denominada teoría de concéntrica. Esto tiene que ver con la idea de los ecosistemas. Principalmente de allí viene la palabra, es decir, una idea en donde el hombre lógicamente es importante, pero es una parte más del todo.

El hombre simplemente es un elemento más de lo que puede ser el ecosistema. Y se habla entonces del ecocentrismo. Según esta perspectiva, la naturaleza se concibe como una entidad que tiene valor por sí mismo y

no solamente se entiende como un objeto de explotación humana, como era la idea excéntrica. En consecuencia, las sociedades humanas que históricamente han usado y abusado también de los recursos naturales, tienen ahora la obligación de proteger los derechos e intereses del medio ambiente. Es una visión nueva, una visión de que empieza a proponerse sobre ley, sobre esta, tensión epistemológica entre antropocentrismo y ecocentrismo.

Bien, entonces la perspectiva de concéntrica ha evolucionado desde que fue planteada. Se produjeron unos movimientos de contracultura, entre ellos el hippismo y también movimientos que tienen que ver con la protección del medio ambiente muy importantes, que todavía son relevantes y que cada vez van tomando mayor fuerza. Los jóvenes, por ejemplo, en las protestas en Colombia, piden una mayor protección del medio ambiente.

Pero entonces, ¿qué hacer con esto? ¿Y nosotros tenemos que consumir o aprovecharnos de la naturaleza? Allí entonces están las discusiones. La idea es que no se monetice la naturaleza. Todo esto se está discutiendo porque son medidas que a largo plazo no están sirviendo para conservar el medio ambiente y por eso se están cambiando todos los acuerdos en lo que tiene que ver con el calentamiento global y el efecto invernadero desde el punto de vista jurídico.

El ecocentrismo ha inspirado el desarrollo de un interesante cuerpo de interpretación constitucional y eso va a ser importante en Ecuador, que tiene un desarrollo muy bueno con relación al medio ambiente en la Constitución de 2008, que la jurisprudencia verde o la jurisprudencia de la tierra, entonces empieza a dar distintos contextos con buenos resultados. Colombia es uno de ellos, Nueva Zelanda, Ecuador, también la India. El primer ejemplo a nivel mundial de esta tendencia concéntrica, podríamos decir que está en Ecuador, donde los derechos, de la Pachamama fueron consagrados y reconocidos y protegidos en la Constitución del 2008.

Después, un año más tarde, en 2009 en Bolivia, también se reconocieron los derechos de la Madre Tierra en su constitución. Además de esto, en Bolivia se estableció una normativa específica denominada Ley de Derechos de la Madre Tierra.

En lo que respecta a la segunda parte de la exposición, que sería el derecho al medio ambiente sano en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tema va a ser importante en Ecuador, Colombia, México, Argentina y en general en todos los países del sistema interamericano, pues la Convención va a ser una norma que va también a ser importante en lo que se denomina control de convencionalidad.

En este diálogo entre jurisdicciones en donde el juez nacional tiene que mirar hacia la jurisprudencia de la Corte Interamericana para también vincularse a ella, es decir, tener en cuenta ese precedente, a veces se habla del principio pro persona cuando hay conflicto, pero es una normativa que tiene que ser lógicamente tenida en cuenta para el juez de una determinada jurisdicción que haga parte de la Convención al momento de decidir pueda realizarlo conforme a derecho.

En febrero de 2018 la Corte Interamericana emitió una opinión consultiva que después se convirtió en una decisión judicial, en una sentencia de la Corte, donde se reconoce el derecho al medio ambiente sano. Esto es una revolución, porque, como saben ustedes, la Convención Interamericana protegía el derecho a la vida, a no ser torturado, el derecho a la integridad, a libertad de expresión, pero no a los derechos colectivos y derechos sociales.

No es hasta una decisión en el caso Lago del Campo versus Perú, donde se empezó a reconocerse el derecho a la pensión, a la seguridad social, con relación a una interpretación que se tuvo del artículo 26 de la Convención. Ahí se empiezan también a reconocer los derechos, no solamente los DESCAs (derechos económicos, sociales y culturales), sino también los ambientales.

Entonces, en febrero 2018, la Corte Interamericana emitió una opinión consultiva histórica que reconoció explícitamente el derecho a un medio ambiente saludable como fundamental para la existencia de la humanidad. Uno puede pensar, finalmente lo que están haciendo es un antropocentrismo, porque es ambiente sano para garantizar el derecho del hombre. Pero no, es un paso sobre la base que, aunque se dice y se conserva el medio para proteger al hombre, que estaría en una visión antropocéntrica, es, sin embargo, un paso muy importante que hace la Corte

Interamericana en el reconocimiento al medio ambiente sano. Establece de esta forma la Corte, que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho colectivo que constituye un interés universal.

Este derecho no solamente protege al hombre sino al resto del ecosistema. En este sentido la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y por ende los derechos a la naturaleza. No sólo de sentencias judiciales sino en ordenamientos constitucionales.

Establece esta misma opinión consultiva que con el propósito de respetar y garantizar el derecho a la vida, a la integridad, a las personas, los Estados tienen la obligación de prevenir el daño ambiental. En base a esta idea del principio de prevención y el principio de precaución. Entonces se puede utilizar una sentencia o una decisión judicial para prevenir lo que no ha pasado. Por lo tanto, utilicen el principio de prevención. Detengan esto. Por ejemplo, una explotación minera o una construcción de una carretera puede causar unos daños ambientales irreversibles y significativos dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente.

Realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, establecer un plan de contingencia a efectos de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales y mitigar el daño ambiental significativo que hubiera producido pueden ser resueltos con el principio de prevención y el principio de precaución. Esta opinión consultiva también dice que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, de prevención afectos de la protección, del derecho a la vida e integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta opinión.

Aún si no hay certeza científica, se podría utilizar este principio de precaución con el propósito de garantizar los derechos a la vida, integridad, las personas, etcétera. Y el acceso a la información relacionada con posibles

afectaciones al medio ambiente, el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, la toma de decisiones.

En algunos casos de las comunidades indígenas, miembros de la Asociación LHAKA HONHAT (Nuestra Tierra) vs. Argentina, la Corte estableció lo que debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención. Dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos sobre la base del desarrollo integral de sus pueblos. Es que se empieza a construir la idea también de la protección del medio ambiente en materia específica ambiental.

Hay una interdependencia entre los derechos a un ambiente sano y la alimentación adecuada, existiendo actualmente amenazas ambientales que pueden incidir en la alimentación tal y como se evidencia en el caso colombiano sobre la sentencia del río Atrato, es un río que está en varios departamentos, principalmente el departamento de Chocó que tiene alta población afrodescendiente, indígena, que se dedican a la pesca, pero también a la minería.

Y esa minería ha producido un boom. Un boom de minería ilegal y también legal, que alude a lugares que el río esté totalmente deteriorado y contaminado, así como las riberas del río, los bosques, etcétera. Pues bien, ante tales circunstancias, se interpuso una demanda de unas ONG para proteger el río y sobre todo para proteger a la población ribereña, indígenas y afrodescendientes que están allí. La sentencia fue más allá, no solamente se debía proteger a las poblaciones ribereñas, sino que se debía proteger al río porque es sujeto de derechos. Y tomando en cuenta, una sentencia que se dio en Nueva Zelanda donde se establece la personería jurídica o la personalidad jurídica de la ciudad. Se podía utilizar unos guardianes del río que lo representen, para lo cual actualmente se tiene 20 guardianes del río que mitigan lo que pueden ser la contaminación de cianuro, de mercurio, con el acompañamiento de la Procuraduría, de la Contraloría, de una entidad de controles y de unas universidades que han vigilado si están cumpliendo las órdenes que dio la Corte para que se descontamine el río.

Los cinco ejes de esta sentencia son el enfoque concéntrico, el que ya explicamos, el concepto de derechos bio culturales, el dimensionamiento de

los principios de prevención y precaución y la declaratoria del río Atrato como sujeto de derechos. Este fue el orden que dio la sentencia y el diseño e implementación de un mecanismo mixto de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, que lógicamente da órdenes para que se descontamine el río en unos plazos, se vigile el cumplimiento, se mitigue la explotación de minería ilegal e incluso legal con las dragas, etcétera.

Como conclusiones, se ha pasado de una visión antropocéntrica, a una visión excéntrica e incluso, etnocéntrica, protegiendo a las comunidades indígenas que ha sido provechosa para el derecho. Hay un giro copernicano, una segunda idea, y es que finalmente se pueden utilizar muchas formas de proteger el medio ambiente, entre ellas, el reconocimiento de la personalidad jurídica por medio de lo que se llama la jurisprudencia verde o la jurisprudencia de la tierra, que es importante para empezar entonces a plantear, desde el punto de vista jurídico la problemática y las soluciones al problema.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ECUADOR.

Msc. Juan Carlos Paz Mena¹

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ECUADOR

¹ Juez – Docente Universitario. Master en Derechos Humanos y Seguridad Humana por la Universidad de Milano de Bicocca Italia, candidato a Doctor por la Universidad de Mar del Plata, tiene dos diplomados sobre Políticas Públicas en la Universidad Nacional Autónoma de México y sobre Gobernabilidad con la Universidad George Washington, Universidad Católica Santiago de Guayaquil y Universidad del Azuay. Ha sido secretario de Amnistía Internacional capítulo Ecuador, ex becario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos perteneciente a la Corte Idh, ha participado en varios concursos en calidad de Juez Interamericano de Moot Court, es miembro del grupo de la red de investigadores en línea del Senado de la República Mexicana, actualmente es Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Se desempeña como profesor de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas en la Universidad Ecotec, profesor de Posgrado en las Universidades de Otavalo, católica de Cuenca, y Ecotec, profesor investigador invitado por la Universidad de Bolonia.

El control de convencionalidad es interesante desde el punto de vista de que no hay una definición clara. Muchos doctrinarios, muchos profesionales internacionalistas, defensores de derechos, profesores, académicos, han determinado varios puntos de vista sobre el tema. Ha dicho que es una herramienta. Han señalado que es un control de simetría y un criterio de armonización, un método, un procedimiento, un diálogo entre cortes. E incluso para verificar la compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional. A partir de esto vamos a tratar de diseñar un criterio de lo que es el control de convencionalidad y básicamente concentrarnos a lo que ha dicho la Corte Constitucional del Ecuador.

En este punto es así que tenemos que indicar que la primera sentencia en donde un juez de mexicano, Sergio García Ramírez, da un criterio un criterio sobre el control de convencionalidad es el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* se establece una obligación por parte de una del Estado frente a un criterio, el deber de respeto y garantía de los derechos de los Estados, es así que este es un primer ensayo que hace el jurista.

Y luego tenemos la sentencia del caso *Tibby vs. Ecuador*, en donde precisamente también hay un escenario de indicar que puede ser el control de convencionalidad, precisamente asemeja a lo que los tribunales constitucionales hacen con el control de constitucionalidad, y precisamente indica que los tribunales constitucionales ejercen una armonización entre las leyes internas y la Constitución. En este caso se hace frente a la convencionalidad, frente a la Convención Americana de Derechos Humanos. Es precisamente en dos votos que señala este aspecto.

Sin embargo, con estos conceptos y estos criterios, lo que hace la Corte Interamericana de derechos humanos, los jueces en la época es sumarse al criterio. En el pleno de la Corte Interamericana emiten una sentencia, ya no solamente con el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, sino en una sentencia. Me refiero a la sentencia, precisamente del caso *Almonacid Arellano versus Chile*. En este, precisamente la Corte señala es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento

jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos, sus jueces como parte del aparato del Estado, son sostenidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias. Entonces es claro que es aquí donde comienza este control de convencionalidad.

Control de convencionalidad que ha que ha tenido varios momentos, por ejemplo, Néstor Pedro Sajes ha señalado que el control de convencionalidad puede ser de dos momentos, un momento represivo y un momento constructivo, el represivo básicamente es el que ejerció en las primeras sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basado en la inaplicación de normas internas opuestas a la Convención Americana de Derechos Humanos. El rol de los jueces en desarrollar estos controles: difuso, mixto o concentrado precisamente de la inaplicación de las normas internas.

Y luego se da lo que es el proceso constructivo de control de convencionalidad, a través de las sentencias de Corte Interamericana que tiene que ver con el caso Padilla Pacheco versus México y Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Es así como se determina precisamente la interpretación conforme. Esto es una aplicación del derecho interno según la norma internacional. Entonces vemos, por ejemplo, cómo en aproximadamente 36 sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido desarrollando de a poco este control de convencionalidad.

Es importante indicar que el juez Eduardo Ferrer ha llevado a través de su voto razonado en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, es donde que los estados no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una interpretación convencional. Esto es, verificar si las leyes internas que aplican en cada caso particular son o no compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Y esto según el expresidente de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer, en razón de que la Convención Americana de Derechos Humanos tiene dos obligaciones claras de los Estados, una obligación de respeto y una obligación de garantía. Y precisamente se traduce en esta obligación

que tienen los Estados en tanto y en cuanto de realizar y ejercer esta dinámica.

Avanzando un poco más allá en la sentencia del caso de Eliodoro Portugal vs. Panamá, precisamente se indica que esta forma de armonizar y esta labor que tienen los operadores de justicia le ponen nombre y apellidos, control de convencionalidad, según se dice que cada juzgado debe velar por el efecto útil. Cuando hablamos del efecto útil de los instrumentos internacionales, nos vamos de forma directa a la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, precisamente se indica en el artículo 26, y en el artículo 27, los grandes principios del derecho internacional que tiene que ver con esta palabra del efecto. El efecto útil que se le da al instrumento internacional ¿cuál es el objeto? ¿Cuál es su fin? Entonces, ese es el efecto útil de los instrumentos internacionales.

Lo que hace aquí la Corte Interamericana de Derechos Humanos es desarrollar básicamente los criterios que se han dado por la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, es indicar, por ejemplo, que este concepto de la interpretación conforme también se une al criterio del control difuso de convencionalidad, porque lo que hace en este voto el juez Eduardo Ferrer es decir quiénes son los obligados a realizar un control de convencionalidad. Se dice que todos los jueces nacionales, cuando hablamos todos los jueces no sólo significan altas cortes judiciales y o constitucionales, sino todos aquellos jueces porque se convierten en jueces interamericanos, tiene que velar y ser estos los primeros en obedecer y observar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es importante indicar, por ejemplo, que, frente a este escenario, en el párrafo 225 de la sentencia Cabrera García y Montiel Flores vs. México ha indicado que precisamente que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley, a una Constitución. Sin embargo, precisamente por haber firmado un tratado internacional, estos estados se someten a el principio *pacta sunt servanda*, que significa lo pactado obliga. Se cumple este principio, que encuentra en la Convención de Viena, precisamente conlleva a esa obligatoriedad del estado firmante en cumplir esa obligación.

Entonces, al finalizar todo este criterio, se dice precisamente que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como la Defensoría Pública, la Fiscalía y todos los jueces en todos sus niveles, en justicia ordinaria, incluyendo jueces de carácter constitucional, tienen que hacer un control de convencionalidad entre la armonización, la verificación de normas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Indiqué anteriormente que había un concepto represivo y otro que conlleva básicamente un criterio constructivo. Se señala precisamente que no es única y exclusivamente frente al escenario de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, se dice, tiene que ser mucho más de avanzada. Esto es, todos los tratados internacionales e interamericano firmados por los Estados. Sus jurisprudencias. Las decisiones del sistema y todo esto conlleva precisamente este control, incluyéndolos opiniones consultivas. En relación con la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, que se conoce a los tratados internacionales como una norma de conducta, se debe aclarar y decir claramente que se encuentra camuflado el control de convencionalidad, porque precisamente la norma constitucional abre la posibilidad de aplicar cualquier instrumento internacional más beneficioso basado básicamente en el criterio o en principio pro persona o pro homine. Con este criterio incluso de cláusula abierta conlleva precisamente la adopción del derecho internacional.

En este caso del control de convencionalidad en la Constitución ecuatoriana. ¿Qué ha hecho la Corte Constitucional del Ecuador? Tenemos la sentencia del matrimonio igualitario. Esta sentencia en su párrafo 255, establece que existe un control de constitucionalidad y de convencionalidad, reconoce a este control como una doctrina y un criterio jurisprudencial común. Dice precisamente que el control de convencionalidad surge de la obligación que tienen los estados de cumplir los tratados internacionales. Lo que decíamos anteriormente, este concepto del pacta sunt servanda de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

El segundo compromiso que nace de este ámbito es el de buena fe, conjuntamente con el efecto útil. Entonces son obligaciones de los Estados al firmar los tratados internacionales. La Corte Constitucional determina

¿cuándo se hace este control?, dice que el control de constitucionalidad es complementario cómo el de convencionalidad y además que debe hacerse de oficio por las autoridades en el marco de sus competencias e interpretación de órganos.

Esto significa, que va más allá de la Corte Interamericana, la Corte Constitucional del Ecuador, ya que incluso la Corte Interamericana no lo indica, las interpretaciones de órganos de los tratados del sistema universal de las Naciones Unidas, que precisamente tiene estos 9 órganos de tratados que a su vez son los guardianes y quienes tienen que verificar el cumplimiento de estos tratados macro después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

La Corte Constitucional ha señalado que cuando se inició, cómo se tiene que ir ampliando entre no solamente los jueces y el aparato judicial, sino de todo el aparataje institucional. Esto significa, todas las autoridades tienen que hacer este control de convencionalidad, fuerzas armadas, poder legislativo y funcionarios en general del Estado. Indica, además, que no solamente es un control frente a la Convención Americana de Derechos Humanos, su jurisprudencia, sino también de los órganos de tratados, esto es, las decisiones de los comités. Y aquí se expresa con claridad finalmente. Ha dicho también que se reconocen principios del control de convencionalidad: es una obligación de todo poder, órgano o autoridad del Estado, básicamente que, además, en el marco de sus respectivas competencias, atribuciones y regulaciones procesales, deben activarlas.

Además, en parte, esta sentencia incorpora también a las opiniones consultivas de lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Además, señala que es importante precisamente saber que quién es y cómo se realiza. Cuando decimos el cómo, decimos que es un control oficioso. Y también puede ser un control de petición. Cuando hablamos de quién, es decir, que este control de convencionalidad lo tiene que hacer básicamente un experto, pero no se

queda ahí sino todos los órganos de la administración que pudieren, porque dice que se tiene que hacer por todas las autoridades públicas. Esto significa autoridades administrativas y servidores públicos en general. Esto significa todo el aparataje institucional del Ecuador.

Para terminar, es importante indicar que la Corte Constitucional a través de todo este aspecto de construcción del control de constitucionalidad en esta sentencia, ha dado varios estándares a los jueces para aplicar de forma directa: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia que ha admitido la Corte Interamericana, las opiniones consultivas y cualquier otra decisión que haya tomado la Corte Interamericana, ya sean medidas provisionales o de otra naturaleza.

REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, COLONIALIDAD Y ORDEN SOCIAL DOMINANTE.

José Daniel Fonseca.¹
Henry Forero-Medina²
Herwin Corzo³

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Magíster en Derecho (Modalidad Investigación) en la Universidad ICESI de Cali. Profesor de Tiempo Completo de Derecho en USTA Bucaramanga y Coordinador de Investigaciones de la Facultad. Miembro de la Red CLACSO de Antropología de la Biopolítica, adscrito a la Asociación Latinoamericana de Antropología (ALA) y de la Red "Derecho y reconfiguración del capital" de la Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de Crítica Jurídica.

² Doctorando en Ciencias Sociales y en Filosofía de la Universidad de Buenos Aires-UBA, Magíster en Semiótica y Filosofía, Profesor e investigador en Sociología y Filosofía latinoamericana de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander-UIS. Director del Grupo de Investigación y Colectivo Comuna Quilombo

³ Abogado e Investigador de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la UIS. Coordinador del Grupo de Investigación y Colectivo Comuna Quilombo.

REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, COLONIALIDAD Y ORDEN SOCIAL DOMINANTE.

Es imposible estar en una jornada de derecho constitucional sin compartir, y sin manifestar y sin rechazar de manera directa y categórica las prácticas sociales genocidas que se están generando en estos momentos en Colombia, que ha sido un laboratorio de represión a partir de un modelo de desarrollo económico imperante que viene sugestionado, configurando y concentrando cada vez más el poder público a favor de los intereses del capital, de la acumulación del extractivismo, de la destrucción por completo del medio ambiente y sobre todo, de aquel castigo permanente hacia aquellas subjetividades que han sido deshumanizadas, que han sido racializadas por ese sistema económico que los establece como prescindibles y como descartables. En estos momentos en Colombia, los barrios populares. La gente en mayor situación de miseria y de pobreza es la que está poniendo los muertos por parte de la fuerza pública.

Vamos en estos momentos en más de 50 asesinados por parte de presuntamente la fuerza pública, algunos ya confirmados directamente por parte de la Fuerza Pública. En estos momentos la Fuerza Pública está acompañando y escoltando a civiles armados en las mismas ciudades, en los ojos de todos nosotros y nosotras.

Es imposible que no reivindicemos justamente la posición crítica teórico constitucional y teórico jurídica, pero sobre todo teórico social desde la perspectiva de colonial, intercultural y para la liberación, que definitivamente está en desacuerdo y sobre todo que rechaza contundentemente estas prácticas sociales genocidas contra el movimiento social y popular en Colombia y principalmente ese castigo que se está dando por parte de esa fuerza represiva del Estado contra los movimientos populares desde abajo, contra aquellos que han sido expulsados de la modernidad, occidental y a los cuales los derechos humanos, los derechos fundamentales, las garantías institucionales y constitucionales no les bastan.

No bastan porque no son eficaces, porque no funcionan, porque definitivamente están al arbitrio y a la merced de la indignidad y de la injusticia que campea en Colombia en estos momentos y que sé que campea también en los demás países nuestro americano. Entonces hago un llamado inicialmente antes de mencionar algunas de las cuestiones que vengo a compartirles de una de un rechazo sistemático, esta represión brutal que estamos viviendo y por ende también a considerar críticamente lo que la justicia constitucional y su supuesto pluralismo jurídico nos puede llegar a garantizar. En esta situación, sobre todo, de manera categórica, rechazamos y discutimos permanentemente en términos públicos aquí. Como lo estamos haciendo en la comunidad académica. El silencio y la neutralidad. No podemos ser más neutrales, supuestamente objetivos o pretendidamente objetivos, y callados y silentes ante la situación de dignidad y de injusticia que vivimos.

El derecho constitucional no solamente es una práctica, es una praxis teórico jurídica, en términos, digamos, de configuración de una hermenéutica, de una institucionalidad o de una práctica discursiva propia de un régimen de dirección constitucional, sino que además tiene unos efectos prácticos en la institución, en lo instituyente, en la manera en que se configuran a los sujetos como meros humanos, como racializados y, sobre todo, como incapaces de hablar, de decir y denunciar la verdad y el saber jurídico.

Una introducción política necesaria y militante desde nuestra perspectiva teórico, jurídica, crítica constitucional, de colonial, intercultural y para la liberación. ¿Qué es lo que se pretende establecer en un contexto polémico de estas prácticas que instituye la realidad social?, es decir, el discurso constituyente no solamente defiende unos valores fundamentales esenciales de un discurso racionalista moderno, principalmente a fin y a al servicio de la acumulación indiscriminada de capital. Si no además está instituyendo, también está generando, nombrando y estableciendo, las relaciones sociales y las condiciones sociales bajo las cuales lee, constituye y construye la subjetividad política de determinados sujetos en el panorama colombiano.

Vamos a hacer una reflexión crítica sobre la Corte Constitucional colombiana y sobre su carácter presuntamente progresista. El contexto polémico a partir del cual vamos a trabajar es el sistema mundo moderno colonial capitalista, que lo que hace es gestionar, administrar y organizar e instrumentalizar cierta racionalidad rectora. Aquella racionalidad que celebra, que establece o condensa el derecho hegemónico y que, por tanto, va a servir de aparato, de instrumento para la realización justamente de los intereses y de los fines de este de este sistema mundo y que geopolíticamente sabemos que produce y que establece esas condiciones de desigualdad material injustas también como segundos contextos.

Tenemos el tema de la geopolítica, del poder, del saber jurídico que establece que hay una producción, circulación, imposición del libre mercado de las ideas jurídicas bajo el esquema de un modelo colonial de la ciudad jurídica. Es decir, que, en nuestra América Latina, en el sur global, no se produce realmente derecho, es decir, no se enuncia derecho, no se sabe derecho ni se determina de ninguna manera cualquier tipo de conocimiento, de saber poder jurídico.

El tercero es el agotamiento del relato neoliberal. Estamos, efectivamente, entre una crisis civilizatoria del modelo económico, que no está dando respuestas definitivamente a la desigualdad, a la miseria, a la exclusión. Y, por el contrario, lo que está haciendo es generar una mayor aceleración y profundización para doblar la apuesta. ¿Cuándo debería detenerse en una teoría permanente de crecimiento económico? En esos entonces estamos en el acelerador máximo de la teoría del crecimiento económico.

Cuarto contexto en la fetichización de la legalidad constitucional. En Colombia pasa una cuestión y en América Latina, hay un reflejo interesante, la Corte Constitucional es ley desde una perspectiva puramente progresista y garantista, de esa profunda colonialidad del poder que estaba enquistada, en las praxis y en las maneras de determinarse y de construir la narrativa constitucional y cómo de alguna otra forma se convierte en esa fetichización de la cual habla Oscar Correas, Enrique Dussel desde la perspectiva fetichización de lo político. Es decir, privilegiar finalmente la forma de la legalidad jurídico constitucional frente a la sustancia que implica el

contenido de deliberación ético político con el cual está trabajando, por ejemplo, Enrique Dussel, desde esa perspectiva de la reproducción material del principio de la vida.

En esta fetichización, lo que vamos a ver es que la pretensión del cambio social siempre va a ser parcial o modificable y a partir del poder nominativo y no el compromiso ético político con las víctimas históricas de estos tres, de este triunvirato de la indignidad y el fascismo que es el capitalismo, el racismo y el patriarcado. Y, finalmente tenemos dentro de ese contexto con una suerte de intrascendencia de la Corte Constitucional del ante el modelo económico, político y necros político importante esta categoría de micropolítica.

Porque en Colombia nuestro modelo profundamente neoliberal ha establecido las condiciones de que la Corte lo que hace es tirar unos pañitos de agua fría. Para tranquilizar, para no afean más la imagen finalmente del sistema jurídico, pero que estructuralmente la Corte Constitucional resulta siendo intrascendente e incapaz de detener una política de la muerte en la cual no solamente se mata directamente, como les estoy mencionando ahora, de manera clara, sino que además estamos ante un régimen claramente necros político, que además hace morir y deja morir, que es otra manera de entender esta cuestión micropolítica.

Entonces aquí hay una caída de la magia, del conjuro del sistema constitucional liberal, es decir, ese conjuro que nos decía que el cambio social se podía hacer a través del derecho. Y esa caída implica obviamente un dolor, no está exenta de llevarse a su cauce o a su paso. También existen bastantes situaciones difíciles de asimilar por parte de la institucionalidad, y por lo tanto, unas crisis institucionales, palpables y notables.

La idea del monismo y la cultivación, que está relacionada con que estamos hablando de un estado supremamente monista en términos culturales, en términos de la idea de racionalidad cierto y que establece, constituye en su eje y en su sustento de ser afín y estar al servicio de las relaciones sociales desiguales de poder. ¿de las situaciones de racionalización y

deshumanización de qué? De lo otro, de lo popular, de lo periférico como negatividad ontológica.

Es decir, siempre se constituye la idea del hombre blanco como sujeto ideal, arquetípica, mentida al ciudadano con plenas garantías y derechos humanos, versus la negatividad ontológica que implica la negación de humanidad para las comunidades indígenas, para las comunidades LGBTI, para las comunidades negras, en este caso en la cuestión de Colombia.

Y, también tenemos que hacer alusión aquí a unas preguntas analíticas y problemáticas, ¿qué queremos decir cuando hablamos del poder constituyente y del poder constituido? Si ¿realmente el poder constituyente es una categoría jurídica, es decir, que se reduce el derecho cierto o es una categoría realmente política en su materialidad? Segundo, si ¿el pueblo es realmente parte fundante, innecesaria de la idea de legitimidad o está solamente construida a partir del poder no minador del derecho, es decir, de la autoridad y la supuesta legitimación del derecho?

Una legitimación autoproclamada y autosuficiente, como diría Norman Solórzano, una auto legitimación que es endogámica, que es autosuficiente, que es auto política, podríamos decirlo, pero además que está también muy temerosa de perder esa determinación de poder normativo, como nos menciona también Pierre Bourdieu.

Tercero, ¿qué es lo que constituye, defiende, garantiza y sostiene el derecho? Porque nos han enseñado que el derecho lo que hace es garantizar lo establecido. Pero ¿qué es lo establecido? ¿Cuál es el orden social que está estableciendo y garantizando ese derecho? Y, por otra parte, ¿qué es aquello que instituye? ¿Qué es lo que crea? Qué es lo que administre? ¿Qué es lo que nombra? Sí, en términos justamente de administración o de gubernamentalidad, de la biopolítica de los cuerpos, de la diferencia, el pluralismo, de la diversidad.

Y cuarto, si es la Corte Constitucional realmente un espacio de cambio social, o más bien es de constatación de las limitaciones que el modelo económico capitalista y neoliberal establece al poder popular para poder desconocer la línea de la justicia social en esta medida, si realmente termina quedándose

supremamente corto ese paradigma liberal que claramente está en una decadencia importante.

El objetivo es cuál analizar el papel en la institución misma de la Corte. Si el "tribunal constitucional", es una decisión también política, como un escenario de reedificación de espectral y formalización de los sujetos históricamente violentados y racializados, y como una manera de ajustar, una manera de traducir y sobre todo de desanudar, de configurar bajo el lenguaje de lo jurídico, bajo esa hermenéutica, esa interpretación compleja y sobre todo despolitizado.

De todas las demandas sociales y populares que realmente están traduciéndose a un lenguaje jurídico dominante que va apaciguar y matizar dichas exigencias. Eso es lo que básicamente queremos presentarles y como lo que está defendiendo la Corte Constitucional, muy a pesar de su talante garantista, protegiendo la misma situación, de un orden social injusto de un discurso constituyente o discurso constitucional qué es lo que instituye.

Segundo, el modelo de ondas constitucionales, que es un modelo que nosotros utilizamos desde la perspectiva de la semiesfera para tratar de entender cuáles son esos peajes de traducción, es decir, unos peajes que establecen esa ese tránsito del poder popular y periférico hacia el cambio social que se quiere redirigir como el único posible.

Tercero, ¿cómo funciona realmente una traducción? Una traducción intercultural, comprometida y militante. No una traducción multicultural, que es la traducción que hace la Corte actualmente, donde dice a las comunidades indígenas o a las comunidades negras ustedes son para el derecho en la medida que nosotros los nombremos y los digamos. Por lo tanto, usted no tiene saber poder para anunciar el derecho. Usted no es un sujeto enunciador de la verdad jurídica. Entonces, entrando en materia para el tema del discurso constituyente y ¿qué es lo que instituye el discurso constitucional?

Tenemos inicialmente que los tribunales constitucionales son unos espacios aparentemente transformados. En especial en el caso de Colombia, es fundamental esa cuestión, mientras que lo que está materializando el

tribunal es establecer las condiciones de posibilidad de un saber jurídico en el régimen de verificación constitucional. No olvidemos que finalmente todo discurso en este caso es controlable, es asimilable y principalmente es instrumentalizar.

En este caso, el régimen de verdad de lo constitucional es el que permite concentrar y establecer la determinación del saber jurídico dominante en la centralidad de un tribunal, como se hace en la centralidad de determinación jurídica por parte del Estado, en un órgano legislativo claramente capturado y campeaba por el paramilitarismo. En el caso de Colombia, en donde tenemos una historia nefasta de cómo el Congreso ha sido claramente captado por las fuerzas paramilitares y por el dinero del narcotráfico.

Segundo, que la relación entre derecho y moral es una relación institucionalizada o instituida, pero no es un compromiso ético político de apertura al otro. En términos deduce realmente lo que es. Es una versión bastante maquillada, ornamental, sí, y adoquinada de cómo los derechos humanos se pueden materializar positivamente en las decisiones judiciales de la Corte y principalmente, que tenemos una suerte de endogamia y de auto figuración constitucional. Es decir, la Corte misma habla con sus propios términos, habla con su propio lenguaje. Como dice Carlos Carcoma, opaca el lenguaje si es opaca justamente esa técnica jurídica, esas nociones importantes y teórico fundamentales para lograr un efecto ante las instancias de acción pública, inconstitucionalidad o de acción de tutela o de otros medios. También de justamente revisar en este caso la acción de tutela, pero principalmente la acción pública inconstitucionalidad.

En Colombia se nota mucho eso cada vez la Corte tiene que agregar mucho más requisitos que incluso hacen que las comunidades tengan que acudir a esos traductores interculturales, a esos peajes supuestamente interculturales, pero que terminan realmente disminuyendo las pretensiones para garantizar una respuesta dentro del marco del régimen constitucional aceptable, es decir, en el marco de lo que el régimen constitucional puede aceptar de esta cuestión. Algo así es lo que sucede en el caso de la consulta previa, que ya vamos a ver cómo se ha manejado en Colombia. Principalmente en el caso del Tribunal Constitucional.

Tenemos que ver qué es el control constitucional. ¿Qué cosa es lo que constituye? Qué es lo que defiende la estructura constitucional institucional, el equilibrio supuesto de poderes que en Colombia está claramente entredicho en estos momentos. Tercero, la garantía de justicia. Habilidad de los derechos fundamentales individuales. Importante la participación democrática y la supuesta realización de unos derechos colectivos en sentido formal. ¿Por qué en sentido formal y qué es lo que realmente instituye?

Es decir, qué es aquello que nombra, que crea, que naturaliza los sentidos dominantes, figurados y sacralizado, como el de la buena fe, el de la propiedad, el del monopolio de la violencia legítima en cabeza del Estado, que estamos viendo que claramente es defendible cuando el mismo gobierno avala permanentemente que maten normalmente a la población y no pase absolutamente nada, el interés general, la estabilidad fiscal e igualdad procedimental. Y además que estos sentidos dominantes figurados van a ser usados como argumentos para la producción de subjetividad, es decir, aquellos sujetos que tienen una mayor humanidad o menor humanidad afín a una razón neoliberal en términos que diría Wendy Brown, también alma del garito que habla de la mercantilización de la vida, es decir, cómo la vida está mercantilizada a partir de esta reificación, donde se dice los sujetos que acceden tienen una mayor o menor humanidad, tanto en sentido racial como en sentido de saber, pues en sentido epistémico y claramente hay una agresión de violencia epistémica sumamente grave en el tribunal.

Un ejemplo interesante de esto es la incapacidad constitucional ante la injusticia de la cárcel de Rocha, de la injusticia ante la violencia sistemática que han padecido y que han sufrido las comunidades indígenas, digamos en Colombia. Entonces, el ejemplo esto realmente es la situación de consulta previa en Colombia. La consulta previa es un instrumento jurídico legal de medición y concertación que también, pues viene o es proveniente de este Tratado Internacional de la OIT del Convenio 169, pero que además se ha elevado al carácter de derecho fundamental que es justiciable y que es exigible por vía jurisprudencial.

Eso quiere decir que las comunidades indígenas tienen el acceso pleno a la consulta previa que puedan reclamar ante procesos de extractivismo que estén afectando sus, sus modos de existencia, de vida y además sus nociones de autonomía territorial. Pero realmente lo que sucede en Colombia es bastante paradójico, porque los gremios, los ministros, partidos políticos de gobierno insisten en la necesidad de regular la consulta. Dicen que hay que regular la consulta porque definitivamente quieren reiterar una cuestión jurídica fundamental que constitucionalmente la Corte viene protegiendo cada vez más, y es la idea de que la propiedad del subsuelo está en cabeza del Estado. Por lo tanto, las comunidades indígenas podrán tener una cabida dentro de la parte superficial, pero del subsuelo, los materiales que se pretenden extraer a través de proceso minero energéticos, el proyecto minero energéticos, pues realmente le pertenecen al Estado y el Estado puede disponer como quiera ellos. Esta es una enunciación impresionante.

El presidente de la Asociación Colombiana de Petróleos dice justamente que los procesos de consulta previa se han convertido en una talanquera para el desarrollo de proyectos de interés general y un mecanismo de presión. Además, hay unas críticas y limitaciones de la consulta donde nos dicen que, desde César Rodríguez Garavito, que el que se da un carácter meramente procedimental y ritual ornamental de la consulta se cumple solamente por ser un requisito legal, donde Rosemberg Ariza también nos dice que se vuelve una herramienta de fetichización, también legal porque sacrifica los saberes y las cosmovisiones situadas y periféricas a cambio de una autonomía que resulta más bien superficial y maleable, como se hizo que la consulta termine siendo una situación bastante reversible.

Y, por otra parte, el tema de que la consulta previa se convierte o se constituye en un chantaje civilizatorio, que lo que va a decirle a las comunidades indígenas, negras y populares es usted sacrifica su saber para venir a que nosotros le garanticemos el derecho a esa consulta. Eso es lo que produce en unos rasgos fundamentales el modelo desarrollo extractivista en Colombia. Primero, que tiene la comunión entre capital privado, las formas de violencia simbólica y material y la legalidad estatal

que las ampara en unos países con mayor muerte de líderes medioambientales en situaciones que nunca se esclarecen. Segundo, la estigmatización, deshumanización y desplazamiento de esas comunidades. Y tercero, la fragmentación del territorio para su adjudicación. Este elemento es fundamental y lo defiende plenamente la Corte Constitucional.

¿Qué ha hecho la Corte Constitucional? Ha dicho el asunto es fácil con la consulta. Realmente nosotros les garantizamos el derecho fundamental, pero nosotros tenemos que garantizar a la vez que esa consulta es que se reduzca o se configure bajo la condición de la coordinación al principio coordinación o de convención. Prácticamente iguala y despolitiza las comunidades indígenas afrodescendientes que ejercen la consulta previa y les dice que son iguales al Estado. Es decir, que el Estado es exactamente lo mismo de ellos.

Desde un discurso en análisis discursivo, semiótico y de colonial situado, lo que tenemos que ver es que el discurso constitucional tiene el propósito de fundar y no estar fundado en otra instancia más que en sí mismo. Segundo, que el discurso constitucional instituyente, porque se concentra en hacer de su enunciación autoritativa la forma de legitimación de su propio campo discursivo, quiere decir que finalmente la Corte Constitucional poco o nada le interesa interceder sobre la perspectiva del extractivismo, lo que le interesa es concertar de tal manera que no incomode el modelo de desarrollo extractivista.

Y aquí la gran decepción que se lleva y que se termina configurando es que el discurso constitucional figura, modela y administra la subjetividad humana, les otorga finalmente a los individuos la condición de ser individuos, pero de ser individuos racializados y además de ser individuos que se están en comunidad, igual están condicionados siempre a esos sentidos comunes, dominantes, que establecen el discurso constitucional y que defienden bajo ese paradigma.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO *ESFERA DE LO INDECIDIBLE*: UNA MIRADA DESDE LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN 2008.

MSc. Erlin Estrada Murillo¹
Docente a tiempo completo de la Universidad de Otavalo
Mayo 26, 2021

¹ Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Nacional de Chimborazo; Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia – España. Doctorante en el Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia – España. Maestrante en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. Maestrante en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla - España. Se ha desempeñado como abogado litigante en derecho público y constitucional; también ha desempeñado cargos de patrocinio jurídico en instituciones públicas como privadas. Ha participado en proyectos internacionales de investigación en la Clínica Jurídica de la Universidad de Valencia – España. Actualmente se desempeña como docente e investigador universitario por la Universidad de Otavalo y profesor invitado de posgrado en varias casas universitarias del Ecuador.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO *ESFERA DE LO INDECIDIBLE*: UNA MIRADA DESDE LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN 2008.

Introducción

Como punto de partida, se puede decir que los derechos fundamentales son el resultado de luchas históricas del ser humano a lo largo del tiempo. Para ello, solo basta mirar el contexto histórico que vivieron cada sociedad, en un momento determinado, para alcanzar tales derechos. Incluso se ha dicho que detrás de cada derecho fundamental existe una historia propia. Para poder entender porque fueron importantes el obtener su reconocimiento jurídico, político y social.

Pero esta lucha libertadora y reivindicadora no se agota en el tiempo, sino que es el inicio de muchas otras que vendrán y seguirán desarrollándose por sus futuras generaciones hasta el fin de la humanidad. Es así que los derechos fundamentales se han convertido en la mayor victoria de todo proceso humano, que impulsa, a la academia a seguir estudiando este fenómeno desde varias aristas de las ciencias humanas y sociales.

Desde el plano teórico jurídico-político los derechos fundamentales se han constituido en una pieza de suma importancia para su estudio y evolución. Más aun cuando los derechos fundamentales pasan hacer la piedra angular de la edificación de todo orden jurídico-político de una sociedad determinada. Y como tal, la ciencia jurídica tiene una tarea dentro de esa edificación social. El de observar estos fenómenos jurídicos y brindar las herramientas necesarias para su entendimiento e importancia dentro de la esfera jurídica.

Es por ello que, en esta memoria, se tratará de esbozar como la teoría de los derechos fundamentales ayudan a la comprensión de algunas instituciones jurídicas como es el caso de la reforma constitucional. Y, para dilucidar este tema de estudio planteado y la relación existente entre

² Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2009), 35 - 40.

derechos fundamentales y reforma constitucional, se ha escogido la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli para entender este fenómeno jurídico y sus limitaciones entorno a ella. Por lo tanto, la teoría nos ayudará a entender de una mejor manera, la importancia de los derechos fundamentales en todo proceso y procedimiento de reforma constitucional.

Desarrollo

Los derechos fundamentales son aquellos derechos naturales que se encuentran positivizados democráticamente en la Constitución.³ Es decir, los derechos fundamentales es el resultado del tránsito de lo natural a lo jurídico. Para así, establecer una protección jurídica a los derechos y establecer ciertos límites a todo tipo de decisión ya sea pública o privada en todo ámbito de discusión. Pero, también los derechos son el resultado de los consensos democráticos dentro de una sociedad al momento de constituir como tal.

Por ello, no todo derecho se puede llamar fundamental sino solo aquellos derechos que una sociedad estime que sean necesarios para la convivencia pacífica. Y sobre los cuales se van constituir los cimientos de una sociedad libre e igualitaria. Sobre los cuales han deliberado los integrantes de una sociedad, en su momento fundacional, para que sean respetados tanto por los poderes estatales y privados al momento expedirse una Constitución. Por el cual, el orden jurídico-político es creado por esta fuerza constituyente, que pasara a ser la máxima voluntad del poder soberano al cual estarán sujetas sus poderes constituidos.

En este sentido, para Hernán Salgado en toda idea de Constitución trae consigo de manera implícita una teoría del pacto o contrato social extraída de los pensamientos políticos de la época de la gran ilustración del siglo XVII y XVIII. Entre los aspectos más relevantes de estas teorías nos interesa destacar aquella que se refiere a que los hombres libre y voluntariamente acuerdan establecer una sociedad, cuyos miembros aceptan por este

³ Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán, *Curso de Derecho Constitucional, Decimosexta edición* (Madrid: Marcial Pons), 192.

contrato o pacto, una recíproca limitación de sus libertades y consienten en obedecer a las autoridades designadas por ellas.⁴

Llegados a este punto, las teorías pactistas o contractualistas son de suma importante al momento de establecer límites a toda relación de poder que pueda existir en su entorno de convivencia. Y es aquí, la importancia de los derechos fundamentales porque se configuran en límites y vínculos como lo explica de manera extraordinaria la teoría ferrajoliana.

Para el italiano Luigi Ferrajoli, plantea una teoría puramente formal y estructural, de los derechos fundamentales como:

“aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”⁵

Cuando plantea esta definición Ferrajoli se enfoca en la creación de una definición desde el punto de vista formal e interna del derecho. Dotados de una estructura jurídica deóntica. Para el cual establece ciertas expectativas positivas y negativas al momento de tomar decisiones tanto por los titulares de los derechos como por los garantes de los mismos. Especialmente, en el conjunto de obligaciones que tienen los poderes estatales como límites y vínculos puestos para tutela de los derechos fundamentales, donde reside la *esfera pública* del Estado constitucional de derecho.⁶

Desde este enfoque, los derechos fundamentales que encuentran reconocidos en la Constitución se constituyen en los límites y vínculos de

⁴ Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional* (Quito: Ediciones Legales S.A.), 44.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2009), 19.

⁶ *Ibid.*, 35.

los poderes estatales. En donde, se deben someter a las obligaciones y prohibiciones que le impone el mismo poder constituyente a sus poderes constituidos. Para ello, tomaremos como ejemplo la institución de la reforma de la Constitución de 2008.

En nuestra Constitución, al igual que muchas constituciones democráticas se encuentra reconocida la institución del poder de reforma de la Constitución. En primer plano, este poder de reforma, se constituye, en aquel instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En un segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía.⁷

Ahora veamos, lo que nos expone el español Pedro de Vega sobre la reforma constitucional desde un plano jurídico positivo. Para el autor nos manifiesta que el poder de reforma, se concreta en un conjunto de normas procedimentales por las que se establece un mecanismo más complejo, agravado y difícil para la revisión de la Constitución que el que se sigue para la modificación de las leyes ordinarias.⁸

Desde este enfoque jurídico, en la Constitución del Ecuador, reconoce la institución jurídica de la Reforma Constitucional en sus artículos 441, 442 y 444⁹. Para lo cual, se analizará los procedimientos de reforma constitucional en el Ecuador y vincularemos a la teoría de la *esfera de lo indecible* (no decidible) planteada por Luigi Ferrajoli. Pero antes de ingresar a su análisis debemos plantear, ¿Qué es la *esfera de lo indecible*?

En propias palabras de Ferrajoli, considera lo siguiente:

“la expresión de la “*esfera de lo indecible*” lo utilizo para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías. La expresión evoca nociones análogas del léxico político. Michelangelo Bovero ha recordado la noción de “coto

⁷ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 2011), 67.

⁸ *Ibid.*, 79.

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

vedado” de Ernesto Garzón Valdés y la de “territorio inviolable” de Norberto Bobbio. En general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal.”¹⁰

Ahora, una vez entendido la cuestión de la *esfera de lo indecidible* planteada por Ferrajoli. Se vinculará esta teoría dentro del estudio de los derechos fundamentales y la reforma de la Constitución de 2008. Para ello, vamos analizar cada mecanismo de reforma constitucional, que tenemos en nuestra norma fundamental y como los derechos fundamentales se constituyen en la *esfera de lo indecidible* para todo poder de mayoría.

La Constitución en su art. 441 establece el procedimiento para la enmienda constitucional de uno o varios artículos de la Constitución. En donde, la legitimación activa, para iniciar esta enmienda lo tendrá:

- a) El presidente de la República;
- b) La Ciudadanía; y,
- c) c) La Asamblea Nacional.

Pero en este mismo artículo dispone lo cambios que no se pueden realizarse mediante este proceso. Para lo cual, lo acobijare dentro del término teórico planteado por Ferrajoli, como *esfera de lo indecidible* en el procedimiento de enmienda constitucional a los siguientes puntos:

- a) Alteración de la Estructura de la Constitución.
- b) Carácter o elementos constitutivos del Estado.
- c) Restricción de los derechos y garantías.
- d) Modificar los procedimientos de reforma constitucional.

Como se puede apreciar el poder constituyente al momento de establecer el procedimiento de enmienda constitucional. Deja fuera de la esfera de toda decisión a temas de suma importancia. Especialmente, a los derechos fundamentales y sus garantías como *esfera de lo indecidible* (no decidible)

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *La esfera de lo indecidible y la división de poderes* (Santiago: Estudios Constitucionales, 2008), 337 - 343. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>

al realizarse este tipo de reforma constitucional. Pero sigamos con el siguiente procedimiento.

También la Constitución del Ecuador, en su art. 442 establece el procedimiento para la reforma parcial de la Constitución. En donde, la legitimación activa, para iniciar esta reforma lo tendrá:

- a) El presidente de la República;
- b) La Ciudadanía; y,
- c) La Asamblea Nacional.

De la misma manera, en este artículo, la Constitución dispone algunas restricciones o prohibiciones para los actores que inician este proceso de reforma parcial. Para lo cual, existen una *esfera de lo indecible* en el procedimiento de reforma parcial en los siguientes términos:

- a) Restricción de los derechos y garantías.
- b) Modificar los procedimientos de reforma constitucional.

Como se puede apreciar el poder constituyente al momento de establecer el procedimiento de reforma parcial. Deja nuevamente, fuera de la esfera de toda decisión de mayorías a dos temas sustanciales e intocables. Los derechos fundamentales y sus garantías y la modificación de los procedimientos de la reforma constitucional como *esfera de lo indecible* (no decidible) al realizarse este tipo de reforma constitucional. Pero sigamos con el último procedimiento.

Finalmente, en la Constitución en su art. 444 establece el procedimiento para la iniciar el denominado proceso de Asamblea Constituyente. En donde, la legitimación activa, para iniciar este proceso constituyente lo tendrá:

- a) El presidente de la República;
- b) La Ciudadanía; y,
- c) La Asamblea Nacional.

Para este último y debatible proceso de regulación de la Asamblea Constituyente, no deja establecido cuales son los límites intangibles en la realización de una Constitución. Para lo cual el poder constituyente como

poder ilimitado, previo, pre-jurídico y fundacional. En donde, deberá moverse o estar sujeto a los compromisos internacionales de derechos humanos y al respeto de la dignidad humana como un límite implícito, en aquella idea de la *esfera de lo indecible* y su respeto por los derechos fundamentales.

Conclusiones

En este sentido, los derechos fundamentales se constituyen en esta *esfera de lo indecible* como lo configura Luigi Ferrajoli. En donde, los derechos fundamentales se constituyen en un límite y vínculo a los poderes de mayoría. Pues, como lo expone en cláusulas dworkianas, los derechos fundamentales se deben tomar en serio y alejarlos de todo poder que quiera arrebatarnos. Ya que, los derechos fundamentales son y serán los instrumentos de defensa de los más débiles en las relaciones de poder. Y como, era de esperarse también dentro del poder de reforma constitucional.

Referencias bibliográficas

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

Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional* (Quito: Ediciones Legales S.A.).

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

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2009).

Ferrajoli, Luigi. *La esfera de lo indecible y la división de poderes* (Santiago: Estudios Constitucionales, 2008), disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>

Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 2011).

PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR, PROBLEMÁTICAS DEL SIGLO XXI

MSc. Aquiles Hervas Parra¹
Docente a tiempo completo Universidad de Otavalo
Mayo 26, 2021

¹ Docente Universidad de Otavalo. Economista, Antropólogo Aplicado, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Especialización en Derechos Humanos y Teoría Crítica de la Justicia en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Argentina. Maestro en Estudios Latinoamericanos Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría en Investigación en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Ecuador. Doctorante en Estudios Sociales por la Universidad de Salamanca, España. Ha publicado en Revistas como "Oxford Left Review", libro "Reforma y Renacimiento", autor de libros como "Otro Mundo es posible, la educación es la vía"; "Memoria, lo común y descolonización de la vida"; COVID 19 ¿Estuvimos listos?. Ponente y conferencista de temas de ciencias sociales en Ecuador, Inglaterra, Cuba, México, Argentina, Colombia, España y Centroamérica.

PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR, PROBLEMÁTICAS DEL SIGLO XXI

1. Introducción

El presente escrito aborda un campo de la ciencia jurídica, más sin embargo debe ser introducido a partir de los conceptos socio culturales de los cuales deviene y a los que debe su sentido histórico. No podemos aceptar la interculturalidad disociada de su enfoque crítico. La interculturalidad sin tomar en cuenta las asimetrías de poder es simplemente una formalidad descriptiva de la diversidad, es decir multiculturalismo liberal utilizado como mero encuentro sin relacionalidad. Al comprender las asimetrías de poder entre los diversos provocamos una mirada crítica de la interculturalidad, estas asimetrías incluyen relaciones materiales, simbólicas, culturales y políticas que diferencian y generan estructuras de jerarquías, en unos casos violentas, en otros casos impositivas.

El Pluralismo Jurídico o Justicia Indígena se estudiará partiendo desde la base sustancial del tema, que es la comprensión de Estado Plurinacional. Esta categoría así como la Interculturalidad Crítica conforman los cimientos de sentido del ejercicio de prácticas culturales pluriversas, entre ellas la jurisdicción indígena o derecho propio. La Plurinacionalidad establece un conjunto de complejas relaciones socio culturales dentro de un territorio determinado en el cual la identidad de los sujetos que lo componen se encuentran en el marco de una Constitución.

Por su parte la descolonización es una categoría representativa que identifica la posibilidad de actos de liberación sobre estructuras neocoloniales vigentes en las sociedades, los estados y la población. Descolonizar implica romper jerarquías constituidas en base a diferencias de índole étnico, de género, clase o naturaleza. Lo descolonizador es estrictamente una posición transgresiva con la violencia sistémica de imposición de orden instituido en tiempos de dominación colonial hasta la actualidad.

Finalmente introducimos la ponencia con la noción del Buen Vivir, representación de un alter mundo de la vida, configuración cultural de la

relación armónica entre sujetos y entre los sujetos y la naturaleza. La armonía como representación del bienestar desde la interpretación cultural de los pueblos y nacionalidades con legados de identidad ancestral.

En esta introducción también amerita el Breve Mapeo Normativo sobre el tema, con el cual se conforma el campo jurídico en el siglo XXI del Ecuador.

Normas internacionales Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo: Artículo 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9.- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Constitución de la República del Ecuador: Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los

mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 345.- Declinación de Competencia. - Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena

Art. 24.- Principio de Interculturalidad. - En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

Art. 344.- Principio de la Justicia Interculturalidad.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios: a) Diversidad; b) Igualdad; c) Non bis in ídem; d) Pro jurisdicción indígena; e) Interpretación intercultural.

2. Desarrollo

Problemas de la Justicia Indígena en el Ecuador

Desarrollaremos de manera sintética un esquema de los principales mitos ante los cuales investigar y desmontar, debido a que se han constituido en bloqueos a la garantía, ejercicio y avance progresivo de los derechos colectivos en el Ecuador-

2.1. La Justicia Indígena viola derechos humanos

Este es uno de los discursos sociales y sistemáticos más generalizados en el ejercicio de estigmatización de los ejercicios de justicia indígena. Primero debemos decir que uno de los problemas más graves es la mirada del problema ajeno sin valorar los propios. Los niveles de violación de derechos humanos en los sistemas ordinarios en la realidad ecuatoriana y de otros países es sumamente elevado; lo que no significa que se acepte que existe un nivel parecido en jurisdicción indígena, sino que, al parecer hay una estrategia de cortina de humo para desviar la atención sobre esos problemas.

2.2. La JI es anti procesal

Directamente diremos que este mito está erigido sobre el desconocimiento y ausencia de investigación de los tipos de procesos alternativos existentes, por ejemplo el debido proceso relativo a la defensa que en el sistema ordinario se representa por abogados, en los sistemas indígenas se manifiesta con defensa comunitaria o familiar según el caso entre los presentes y dada la posición que asumen según el caso. Existen etapas que se han publicado inclusive en algunos manuales de justicia indígena.

2.3. La JI no logra la Justicia

Se ha procurado empañar la idea de que la sanación no es el logro de la justicia, esto debido a que los sistemas ordinarios han instaurado la noción pulsada de la venganza en cárcel u otras penas como manifestación de la justicia y ante ello se puede prejuzgar como blanda la acción de sanación y restauración de la JI. En el fondo el logro de la justicia debe obedecer a la recuperación de la estabilidad, armonía y tranquilidad comunitaria como consecución última del fin de lo justo.

2.4. La JI no restaura a los sujetos

Al igual que en los otros casos se han ejercido acciones sistemáticas y considerables por mitificar la Justicia Indígena y calificarle de ineficaz aduciendo que con los castigos de la misma, los infractores retornar a cometer delitos o llakis como se conoce en el mundo andino por ejemplo. Esto sin duda es insostenible con evidencias, dado que incluso la JI logra mejores niveles de restauración que los sistemas de rehabilitación social ordinarios.

Normas pendientes

Ley Orgánica de Coordinación entre Justicia Indígena y Justicia Ordinaria.- La Constitución en su artículo 171 dispone la obligación de expedir una ley que permita coordinar y cooperar entre los dos sistemas de justicia, la jurisdicción indígena y la ordinaria, con la condición de que esto no signifique de ninguna manera la asimilación o absorción de un sistema sobre otro.

Instrumento legal de guía para la declinación de competencia.- En virtud de existir aún un alto nivel de positivismo jurídico entre los jueces y operadores de justicia se convierte en necesario en el Ecuador con el fin de prevenir un alto nivel de limitación al acceso de derechos colectivos de parte de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades; la expedición de un manual o instrumento que guíe procedimentalmente la declinación de competencia.

Mayor rendimiento de Jurisprudencias constitucionales.- Desde el año 2008 en el cual fue expedida la Constitución de la República del Ecuador, el total de rendimiento de jurisprudencia constitucional en materia de Justicia Indígena es de no más de una decena, lo cual implica un bajo nivel de ampliación del campo de constitucionalidad concreta, por lo cual es imperante que la Corte Constitucional asuma un mayor nivel de emisión de precedentes en derechos colectivos y específicamente temas vinculados a Justicia Indígena.

Desafíos hacia adelante en la Justicia Indígena del Siglo XXI

Enlistaremos de manera resumida el conjunto de desafíos a modo de catálogo que debe enfrentar la Justicia Indígena y todos los actores involucrados en el campo público, comunitario y privado, con especial énfasis en las academias y su rol de investigación. Dividiremos el catálogo en problemas, líneas de investigación y enfoques:

i. Problemas principales a encarar

- Racismo Exacerbado
- Neocolonialismo
- Punitividad del Derecho colectivo a la Justicia Indígena
- Ausencia de mirada al horizonte de este tema como gran posibilidad de REFORMA A LA JUSTICIA

ii. Líneas de investigación

- Indicadores frente a los mitos
- Género y Justicia Indígena
- Justicia Restaurativa
- Sistemas de Trabajo (Minkas, Aynis, Otros) como formas de restauración

iii. Enfoques del tema

- Tradicional: Justicia Indígena como Derecho Colectivo de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

- Alternativo: Justicia Indígena como proveedor de principios y estrategias para la Justicia Ordinaria. Gran posibilidad de REFORMA A LA JUSTICIA

3. Conclusiones

Como aporte al presente Congreso de materia constitucional y pluralista, se resumirán en cuatro las conclusiones que tenemos de cara al siglo XXI.

3.1 La Justicia Indígena enfrenta un problema estructural racismo y neo colonización que mediante sistemas de violencia directa o indirecta impiden la consecución, desarrollo, garantía, efectividad y progresión de los derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador.

3.2 La Justicia Indígena representa varios principios de la sociedad del presente y el futuro, tales como el pluralismo, la interculturalidad crítica, de descolonización real, entre otros; que constituyen un modelo de Estado Plurinacional, base central de sociedades que consoliden el camino a la paz, el bienestar y la verdadera democracia.

3.3 La Justicia Indígena requiere de un conjunto de esfuerzos investigativos y visibilizadores que desmonten los mitos que alrededor de la misma se han configurado, como producto del etnocentrismo racista que aún marca la impronta del mundo moderno neo colonial, así como de las estrategias de acción estigmatizadora que se activan recurrentemente sobre los pueblos, y nacionalidades indígenas a lo largo del Ecuador y el continente.

3.4 Los desafíos en el siglo XXI para todos como sociedad se constituyen sobre la base de dos premisas: a) El respeto, garantía y reconocimiento de derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades debe ser una realidad a inicios de este siglo; y, b) Si nos permitiéramos no solo respetar a los pueblos, sino aprender de ellos, sus sistemas, grandes resultados y prácticas, seguramente descubriríamos, que la Justicia en general como paradigma social, puede vivir una macro reforma y transformación fruto de ese aprendizaje



www.uotavalo.edu.ec

ISBN: 978-9942-772-30-5



9789942772305