

Derecho constitucional

Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana
Judith Salgado Álvarez

La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares
Richard González Dávila

Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Gustavo Medinaceli Rojas

Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de Derechos
Diego Zambrano Álvarez

Igualdad de género en la Constitución de 2008
Andrea Karolina Cajas Córdova

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2011 • Número 16

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Vanesa Aguirre Guzmán.

COORDINADORA EDITORIAL: María Elisa Tamariz Ochoa.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Margarita Andrade R.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



FORO aparece en el índice LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 16 • II semestre 2011

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO CONSTITUCIONAL	
	Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana <i>Judith Salgado Álvarez</i>	5
	La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares <i>Richard González Dávila</i>	57
	Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Gustavo Medinaceli Rojas</i>	97
	Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de Derechos <i>Diego Zambrano Álvarez</i>	111
	Igualdad de género en la Constitución de 2008 <i>Andrea Karolina Cajas Córdova</i>	139
RECENSIONES	Diego López Medina, <i>EL DERECHO DE LOS JUECES</i> , por Pablo Alarcón Peña	153
	Ramiro Ávila Santamaría, <i>EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008</i> , por Pablo Bonilla Urbina	157
	Agustín Grijalva Jiménez, <i>CONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR</i> , por María Elena Jara	162
JURISPRUDENCIA	Análisis de la sentencia interpretativa 0006-09-SIC-CC, Caso 0012-08-IC, de la Corte Constitucional del Ecuador. ¿Tiene el Estado ecuatoriano derecho a participar en al menos el 50% de los beneficios que se generan en el sector de las telecomunicaciones? <i>María Elena Jara Vásquez</i>	167
	Colaboradores	179
	Normas para colaboradores	183

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 16 • II semestre 2011

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
MAIN THEME	CONSTITUTIONAL LAW	
	Dealing with differences. Responses from the Ecuadorian and Colombian Constitutional Justice <i>Judith Salgado Álvarez</i>	5
	The influence of the Constitution on private law and protective action against individuals <i>Richard González Dávila</i>	57
	Criteria for interpretation in the new Bolivian Constitution, intention of the constituent vs. American Court of Human Rights' case law <i>Gustavo Medinaceli Rojas</i>	97
	Procedural democracy and its intercultural approach: a pending subject in the Rule of Law <i>Diego Zambrano Álvarez</i>	111
	Gender equality in the 2008 Constitution <i>Andrea Karolina Cajas Córdova</i>	139
REVIEWS	Diego López Medina, <i>EL DERECHO DE LOS JUECES</i> , by Pablo Alarcón Peña	153
	Ramiro Ávila Santamaría, <i>EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008</i> , by Pablo Bonilla Urbina	157
	Agustín Grijalva Jiménez, <i>CONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR</i> , by María Elena Jara	162
CASE LAW	Analysis of the interpretive statement 0006-09 SIC-CC, Case-IC 0012-08, of the Constitutional Court of Ecuador. Does the Ecuadorian government have the right to participate in at least 50% of the profits generated in the telecommunications sector? <i>María Elena Jara Vásquez</i>	167
	Contributors	179
	Submission Guidelines	183

Editorial

*L*a Universidad Andina ha estado muy comprometida con el desarrollo del Derecho Constitucional en la región, a través de publicaciones, organización de actos académicos y apertura de cursos especializados de alto nivel. En este contexto, la revista FORO, en números previos, ha abordado ya la temática constitucional y hoy lo vuelve a hacer, con un número dedicado exclusivamente al Derecho Constitucional, dada la importancia que esta materia reviste, sobre todo después de los últimos procesos constituyentes que han tenido lugar en la región.

En la presente edición, ponemos a consideración de nuestros lectores cinco artículos:

a) *“Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”*, escrito por Judith Salgado. Este artículo parte de un análisis sobre el desafío que el concepto de alteridad, es decir, la relación con las diferencias, plantea para el mundo jurídico. Mediante una revisión crítica de sentencias expedidas por la justicia constitucional en Colombia y Ecuador, la autora busca responder las siguientes preguntas: ¿Qué tipo de respuestas brinda la justicia constitucional cuando afronta la diferencia?, y ¿cómo se refleja en aquellas respuestas rupturas y continuidades de la matriz dominante del poder que inferioriza la diferencia? Este artículo representa un aporte relevante para entender en qué estado se encuentra el principio de igualdad material que anima las constituciones contemporáneas.

b) *“La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares”*, escrito por Richard González Dávila. Este artículo trata, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana, un tema de mucho interés: la irradiación de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico privado, fenómeno conocido como “constitucionalización del derecho privado”, y la ampliación del ámbito de las acciones de protección, a fin de que estas puedan ser dirigidas contra actuaciones de particulares, aunque estos no presten un servicio público. Este aspecto, que amerita análisis, fue desarrollado en la Constitución ecuatoriana de 2008, y constituye un reforzamiento de una garantía jurisdiccional para la protección de derechos.

c) *“Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del Constituyente vs. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, escrito por Gustavo Medinacelli. Tres cuestionamientos constituyen el punto

de partida para el análisis que el autor presenta: ¿Podrá el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia aplicar como criterio de interpretación la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada y ratificada por este país–; en su función interpretativa ¿podrá tal entidad aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–?, y ¿podrá el Tribunal fundamentar la constitucionalidad de una acción, o bien la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH? Las respuestas dadas por el autor nos permiten aproximarnos al tratamiento de la interpretación constitucional en el contexto boliviano.

d) “Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de Derechos”, escrito por Diego Zambrano Álvarez. El autor plantea la necesidad de realizar cambios en el sistema electoral, orientados hacia la protección de la diversidad y el potenciamiento de la participación de grupos minoritarios en el sistema democrático, a fin de que el Estado pueda ser realmente “plurinacional”. A las puertas de un nuevo proceso electoral en el Ecuador, el artículo plantea, sin duda, inquietudes que merecen ser debatidas; y

e) “Igualdad de género en la Constitución de 2008”, escrito por Andrea Karolina Cajas Córdova. En este artículo se analiza el tratamiento de la igualdad de género en la Constitución de 2008, y los mecanismos para implementar tal igualdad, contrastando esta reflexión jurídica con la realidad fáctica.

Adicionalmente, en este número se encuentran recensiones de tres obras vinculadas con la materia constitucional: El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008 (de Ramiro Ávila Santamaría); Constitucionalismo en Ecuador (de Agustín Grijalva Jiménez) y El Derecho de los jueces (de Diego López Medina). Dos de las obras han sido escritas por docentes de esta casa de estudios, lo que nos llena de satisfacción. Finalmente, este número contiene un análisis de una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional para el período de transición, relativa al alcance del derecho de propiedad estatal con relación a los beneficios económicos que obtienen quienes usan el espectro radioeléctrico, con el fin de promover el análisis de temas constitucionales económicos.

Este número de la revista FORO es, pues, un nuevo esfuerzo de la Universidad Andina, a través de su Área de Derecho, orientado al desarrollo del Derecho Constitucional en la región.

Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana*

*Judith Salgado Álvarez***

RESUMEN

Este artículo asume que uno de los problemas contemporáneos más acuciantes es la enorme dificultad de relacionarnos con la diferencia, cualquiera que esta sea, y de construir formas de convivencia que superen las visiones dominantes basadas en las jerarquizaciones.

El derecho no es ajeno a esta interpelación. En cada sentencia encontramos una disputa para dar sentido y significado a los derechos que están en juego en el caso concreto; tal disputa está ligada a las creencias, ideologías, formas de entender el mundo de quienes juzgan. Es así que en este estudio analizo sentencias emitidas por las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, para ensayar contestaciones a la interrogante: ¿Cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

PALABRAS CLAVE: diferencias de género, etnia, edad y diversidad sexual; igualdad y no discriminación; jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana.

SUMMARY

This paper assumes that one of the most urgent contemporary problems is the big difficulty to get related with those who are different, whatever this difference may be, and to build forms of cohabitation that overcome the dominant visions based on hierarchies.

Law have to address these issues. In each resolution we find a dispute that gives sense and meaning to the rights that are at stake in a determined case, and such suit is linked to the beliefs, ideologies, and ways to understand the world of those who judge. Thus, in this work I analyze resolutions emitted by the Constitutional Courts of Ecuador and Colombia, in order to find answers to this question. How do the Constitutional Ecuadorian and Colombian Courts deal with those cases in which differences among people arise?

KEY WORDS: gender, ethnic, age differences and sexual diversity; equality and non-discrimination; constitutional case law of Ecuador and Colombia.

FORO

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación “El tratamiento de casos que expresan la tensión igualdad/diferencia en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana”, financiado por el Fondo de Investigaciones para docentes de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Agradezco mucho los significativos aportes de Silvana Sánchez como asistente de la presente investigación.

** Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

...desde las sabidurías insurgentes, la alteridad no es sino la conjunción, el encuentro abierto desde la afectividad entre la mismidad y la otredad, puesto que no puedo ser yo mismo, sino solo en el encuentro dialogal con el otro, sino entiendo que el otro me habita y yo habito en el otro...

Patricio Guerrero¹

INTRODUCCIÓN

Un desafío que considero sumamente crucial y actual en el campo de los derechos humanos es la alteridad, la relación entre yo y el otro/a, nosotros/as y los/as otros/as, en suma la relación con las diferencias.

Guerrero sostiene que “el problema más grave que afecta la sociedad es de alteridad, nuestra incapacidad de encontrarnos y dialogar con amor y respeto con la diferencia, como consecuencia de la implementación de una matriz colonial-imperial de poder, que ha fracturado la posibilidad del encuentro con los otros...”²

Quijano denomina la colonialidad del poder³ a un patrón de poder colonial que permanece a pesar de los procesos de independencia política de nuestros países y que se expresa en sociedades marcadas por la dominación y jerarquización racial, en la que los blanco-mestizos se asumen superiores a los pueblos indígenas y negros. Esta colonialidad del poder se encuentra entrelazada con el capitalismo y el eurocentrismo. Dentro de esta lógica, el conocimiento producido en Europa es considerado sinónimo de civilización, progreso, modernidad, racionalidad mientras que a la par otros conocimientos, por ejemplo los de los pueblos indígenas, afrodescendientes o de las mujeres, son inferiorizados, desvalorizados, despojados de cualquier reconocimiento y calificados como primitivismo, atraso, tradición e irracionalidad.

El ejercicio de la *colonialidad del poder* construye un sistema de dicotomías y polaridades que, a su vez, marca una forma de alteridad tal en la que todo lo que está fuera del centro hegemónico será considerado su “otro” y, por lo tanto, estará en condiciones de inferioridad y subalternidad. Así se construye a la naturaleza como lo otro de la cultura; al cuerpo como lo otro del alma; a la afectividad y las emociones como lo otro de la razón; a lo femenino como lo otro de lo masculino; a lo privado

-
1. Patricio Guerrero, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida: nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser*, Asunción, FONDEC, 2007, p. 55.
 2. *Ibid.*, pp. 54-56.
 3. Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval, comps., *Globalización y diversidad cultural*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, pp. 228-248.

como lo otro de lo público.⁴ Yo añadiría que, de igual manera, desde una lógica de jerarquización se construye a la diversidad sexual como lo otro de la heterosexualidad; la infancia, la adolescencia y la tercera edad como lo otro de la adultez; las discapacidades visibles como lo otro de lo considerado “normal”, el tercer mundo como lo otro del primer mundo; la pobreza material como lo otro de la riqueza material, etc. Por lo mismo, desvincular la diferencia de las jerarquías, tal como nos plantea Sousa Santos,⁵ es una necesidad para encarnar el reconocimiento del otro o la otra diferente como un tú legítimo, como mi par.

Ciertamente una de las dificultades más grandes que enfrentan nuestras sociedades es precisamente la convivencia entre personas y grupos diferentes. Esta dificultad se relaciona básicamente con la creencia de que existe un modelo ideal de ser humano al que todo el resto debe llegar a “evolucionar” o parecerse. Este modelo se ha identificado generalmente con los grupos de poder dominantes y se basa en concepciones de superioridad e inferioridad en razón del origen racial o étnico, el color, la clase social, el género, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, la edad, las discapacidades, etc.

No olvidemos que lo más grave de esta *colonialidad de la alteridad* es llegar al punto en que el otro no solo no es visibilizado, no existe, sino que además es despojado de humanidad y dignidad.⁶

El feminismo en toda su diversidad también aporta significativamente a este debate, develando cómo la diferencia sexual y de género ha configurado relaciones asimétricas entre hombres y mujeres:

Lo que distingue los estudios feministas es la indagación de cómo se constituyen las relaciones de género y las diferencias sexuales y cómo forman una base de poder [...] Las feministas no se conforman con analizar quieren dismantelar las estructuras que refuerzan la inferioridad de la mujer y desafiar la definición convencional de la feminidad y la opresión a la que se ve sometida. [...] Se trata de un proyecto al que poco a poco se van sumando los hombres que también quieren poner en tela de juicio las ficciones convencionales de la masculinidad.⁷

4. Patricio Guerrero, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida...*, p. 55.

5. Boaventura de Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 154.

6. *Ibid.*, p. 54.

7. Linda McDowell, “La definición del género”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 11.

Tal como nos recuerda Jaramillo, las diversas tendencias feministas comparten la idea de que nuestras sociedades son patriarcales en el sentido de que responden a una supremacía masculina, difieren en cambio en cuanto al modo de entender la opresión y subordinación que viven las mujeres y las estrategias políticas que impulsan para transformar el statu quo.⁸

Respecto al derecho, los feminismos han coincidido en denunciar su androcen-trismo, es decir que el Derecho ha sido creado y aplicado desde una visión hegemón-ica masculina en la que la experiencia de la vida de las mujeres y sus necesidades e intereses han sido ya sea interpretados desde la mirada masculina, desvalorizados, o simplemente negados. Lo grave es que –esa visión particular o parcial del Derecho– ha sido presentada como universal, neutral y objetiva precisamente para lograr su legitimación.

Coincidiendo con estos planteamientos, me pregunto de qué manera responde el Derecho a esta realidad. ¿Qué tipo de respuestas brinda la justicia constitucional cuando afronta la diferencia? ¿Cómo se refleja en aquellas respuestas rupturas y continuidades de la matriz dominante de poder que inferioriza la diferencia, la otredad?

En este artículo me centraré en el análisis de sentencias de la justicia constitu-cional ecuatoriana y colombiana que expresen la tensión entre igualdad y diferencia en permanente contraste con los debates conceptuales al respecto.

He escogido la justicia constitucional como ámbito de estudio pues en los últimos años cobra vital importancia como instancia privilegiada no solo del control de la pri-macía constitucional y la institucionalidad democrática sino de la protección de los derechos humanos.

Recordemos que a partir de la última Asamblea Constituyente en Colombia (1991) se crea la Corte Constitucional que empieza a funcionar desde 1992. En Ecuador las reformas constitucionales discutidas en 1995 y 1996 incluyeron la creación del Tribunal Constitucional; posteriormente, la Asamblea Constituyente de 1998 lo mantuvo con pocas modificaciones; la Constitución vigente de 2008 crea la Corte Constitucional con atribuciones más amplias que la anterior Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) tiene a su cargo la revisión de deci-siones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales y velar por la integridad y supremacía constitucional.⁹ De acuerdo con la Constitución

8. Para un desarrollo panorámico de las diversas críticas feministas al Derecho, revisar Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al Derecho”, y Frances Olsen, “El sexo del Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*.

9. En el art. 241 de la Constitución Política de la República de Colombia se enumeran de manera detallada las fun-ciones de la Corte Constitucional.

de la República del Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.¹⁰ Las competencias a cargo de estos altos tribunales los convierten en un lugar privilegiado para evidenciar la disputa de sentidos a través de su poder interpretativo que comprende el control de los significados y contenidos de la norma suprema tanto en cuanto a los derechos que reconocen como al funcionamiento institucional.

Zagrebelski afirma que “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente”.¹¹ Plantea que los intérpretes son quienes definen el sentido y valor de un caso concreto y que comprensiones o modos de entender opuestos pueden conducir a soluciones jurídicas opuestas.¹² Subraya la importancia de entender la interpretación judicial en el contexto de sociedades pluralistas que caracterizan a los Estados Constitucionales contemporáneos:

la razón de la temida “explosión” subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos. Estos asumen “puntos de vista” distintos que no pueden dejar de reflejarse en su actuación y esta diversidad se acentúa por la novedad de los problemas continua y urgentemente planteados por la evolución de la técnica, la ciencia y la economía.¹³

Como máximos intérpretes constitucionales los jueces y las juezas que integran las altas cortes constitucionales dotan de sentido y contenido a los derechos reconocidos constitucionalmente llegando a tener tal interpretación un carácter vinculante.

En la línea de los estudios críticos del Derecho asumo que los jueces y las juezas no son neutrales y que en sus decisiones pesan mucho sus creencias, sus prejuicios, su ideología, su manera de entender el Derecho. Considero, además, que son aún más evidentes en la práctica judicial constitucional las luchas de sentidos al momento de resolver casos concretos y todavía más en aquellos casos en que se manifiesta la tensión entre igualdad y diferencia.

Por esto, en el contexto ecuatoriano en el que prevalece la idea decimonónica del juez como boca de ley que efectúa un ejercicio mecánico de aplicación del Derecho (la ley) y que solo puede llegar a una solución correcta, me parece importante apor-

10. Art. 429 de la Constitución Política del Ecuador. El art. 436 de la Constitución establece las atribuciones detalladas de la Corte Constitucional.

11. Gustavo Zagrebelski, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2002, p. 138.

12. *Ibid.*, p. 139.

13. *Ibid.*, pp. 145-146.

tar a deconstruir esta visión a través de investigaciones académicas. Muy pertinente resulta desde esta perspectiva el siguiente planteamiento:

En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos clave: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de reglas jurídicas tiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen –de manera consciente, semi-consciente o inconsciente– proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social.¹⁴

Ciertamente existe una tensión constante entre la igualdad y la diferencia. En efecto, todos los seres humanos somos iguales en dignidad y merecemos igual respeto, pero también todas las personas somos diferentes con características específicas sobre las cuales construimos nuestras identidades individuales y colectivas. Así encontramos diferencias de género, clase, cultura, etnia, color, orientación sexual, edad, creencias religiosas, políticas, nacionalidad, condiciones de salud, discapacidades, etc. Pero estas diferencias, como he insistido, están atravesadas por relaciones poder asimétricas, por jerarquizaciones y exclusiones.

El derecho como discurso construido socialmente ha lidiado de varias maneras con la diferencia. Ferrajoli, por ejemplo, plantea cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia. El primero que denomina *indiferencia jurídica de las diferencias*, en el cual las diferencias se ignoran y quedan libradas a las relaciones de fuerza sin que el Derecho las regule. El segundo que se caracteriza por la *diferenciación jurídica de las diferencias* que implica la valorización de ciertas identidades en contraste con la desvalorización de otras identidades. Mientras las primeras tienen un estatus de privilegio, son titulares de derechos y ejercen el poder, las segundas viven estatus discriminatorios y son víctimas de exclusión, sujeción y hasta persecución. El tercer modelo se caracteriza por la *homologación jurídica de las diferencias*, se basa en la afirmación de una igualdad abstracta que pretende anular las diferencias a través de la homologación a un paradigma de sujeto, la integración o la neutralización de las diferencias. El cuarto modelo que este autor propone sería aquel que propugna la *igual valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio de igualdad

14. Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por César Rodríguez, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Uniandes/Instituto Pensar, 1999, p. 14.

en los derechos fundamentales¹⁵ sumado a un sistema de garantías que aseguren su efectividad.¹⁶

Uno de los aportes desde algunas corrientes del feminismo ha sido enfatizar en que la tensión entre igualdad y diferencia requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Williams plantea que el análisis de igualdad sin discriminación requiere incorporar el género como poder social lo cual elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se concreta en: 1. extender los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres que desempeñan roles tradicionalmente considerados masculinos, por ejemplo, el que la mujer que trabaja fuera de su hogar pueda declarar a su marido como dependiente; 2. eliminar las desventajas tradicionales de las mujeres para ambos sexos, por ejemplo, la necesidad de contar con permiso del marido para trabajar fuera de casa; 3. extender los privilegios tradicionales de las mujeres a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de aquellos privilegios del sexo (forma del cuerpo) al género (roles sociales), por ejemplo, la preferencia en dar la custodia a quien dedicó mayor tiempo al rol reproductivo y de crianza; 4. deconstruir aquellas normas masculinas que reflejan únicamente la experiencia de los cuerpos y patrones de vida de hombres, por ejemplo, la normas relacionadas con el “trabajador ideal”;¹⁷ 5. implementar acciones afirmativas¹⁸ a favor de las mujeres para remediar la manera en que los estereotipos y otras normas masculinas crean desventajas contemporáneas para las mujeres, por ejemplo, para favorecer la participación política de las mujeres.¹⁹

15. Los derechos fundamentales según Ferrajoli comprenden los derechos civiles, de libertad, políticos y sociales. Este autor no incluye los derechos colectivos por ejemplo de los pueblos indígenas como derechos fundamentales.

16. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-76.

17. Joan Williams plantea que el “trabajador ideal” es una persona que puede trabajar horas extras, tener libertad para viajar o cambiar de residencia si así lo requiere la institución en la que labora. Afirma que “desempeñarse como trabajador ideal es incongruente con las nociones comunes de cuánta atención y cuidado de padre y madre necesitan hijas e hijos. [...] ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. La verdadera igualdad económica de las mujeres exige reconstruir la norma del trabajador ideal y reconstruir el trabajo demarcado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan. Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 90.

18. La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se refiere en su art. 4 a medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer. Estas medidas no se considerarán discriminatorias. Nos encontramos en ese caso frente a las denominadas acciones afirmativas.

19. *Ibid.*, pp. 79-94.

Abordar la tensión entre igualdad y diferencia implicaría superar los planteamientos contrapuestos ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales.

Refuerza esta idea el interesante planteamiento de Sousa Santos de que “tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza o mengua nuestra posición y que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza o uniformiza”.²⁰

A partir de este marco introductorio paso a continuación a desarrollar respuestas a la interrogante que ha guiado esta investigación, es decir, ¿cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

LIDIANDO CON LA DIFERENCIA DESDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Luego del análisis de varias sentencias emitidas por los tribunales constitucionales de Ecuador y Colombia, he organizado en tres bloques los tipos de respuestas.

En primer lugar están aquellas en las que se evidencia que la diferencia es motivo de inferiorización, ya sea que esto se exprese en el caso concreto o en la decisión de la justicia constitucional. Dentro de esta categorización he incluido lo que he llamado la ampliación a medias de derechos humanos a grupos excluidos y la prohibición de trato distinto arbitrario.

En segundo lugar ubico aquellas respuestas que de alguna manera evidencian el reconocimiento y valoración de la diferencia. Dentro de este bloque he incorporado casos de reconocimiento de diversas cosmovisiones; el reconocimiento de la desigualdad real para transformarla (acciones afirmativas); y, la protección especial frente a ciertas diferencias.

Finalmente incluyo el análisis de un caso que, en mi criterio, refleja un tercer tipo de respuesta que denomino como la incapacidad de reconocimiento de la diferencia sin “normalizarla”.

20. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social...*, pp. 90-91 y 154.

DIFERENCIAS QUE INFERORIZAN

Las diferencias que inferiorizan son aquellas distinciones que tienen como intención o resultado el poner en una situación de desventaja a una persona o grupo de personas por alguna característica específica (género, raza, etnia, orientación sexual, edad, nacionalidad, discapacidad, etc.). Esta desventaja implica la anulación o restricción en el ejercicio de sus derechos humanos en cualquier ámbito sea este público o privado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación, que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.²¹

Ahora bien, encontramos varios casos resueltos tanto en la justicia constitucional ecuatoriana como en la colombiana que dan cuenta de esta forma de discriminación (la diferencia que se basa en la creencia de la inferioridad de una persona o grupo y por lo mismo es arbitraria e injusta).

Para una mejor ilustración de esta forma de enfrentar la diferencia veamos algunos ejemplos concretos.

Ampliación de derechos a grupos excluidos. Todavía a medias

En la sentencia C-075/2007 la Corte Constitucional de Colombia (CCC) declara exequible los artículos demandados que definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes en el entendido de que es aplicable también a las parejas del mismo sexo. En principio esta sentencia podría ser considerada un ejemplo de ampliación de la noción de sujetos de derechos involucrados en la conformación de uniones de hecho. Se pasaría de una noción de sujetos necesaria y exclusivamente heterosexuales a la incorporación de sujetos homosexuales. Parecería, también, que estaríamos frente a la superación de un trato diferente que inferioriza, que es injusto y por lo mismo discriminatorio. Sin embargo, un aná-

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 45.

lisis más detallado de la resolución de mayoría, pero sobre todo del salvamento de voto y las aclaraciones de voto, nos llevará a matizar esa primera impresión.

Es interesante constatar que tanto en lo argumentos de los accionantes como de la CCC aparece de manera explícita la importancia de considerar el contexto social específico en el que se discute un problema jurídico de carácter constitucional, sin perder de vista, en este caso concreto, los cambios de concepción que respecto a la diversidad sexual se han gestado en los últimos años en Colombia, marcados por un mayor apertura y respeto a la pluralidad.²²

En dicho contexto, la falta de regulación jurídica de los efectos patrimoniales de la unión de parejas homosexuales (existente en la realidad pero no reconocida jurídicamente) trae como consecuencia la desprotección:

hoy, junto a la pareja heterosexual, existen –y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior– parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.

En efecto, tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante.²³

...no obstante que en razón de las diferencias que puedan predicarse, no resulta imperativo que el mismo régimen se aplique a ambos tipos de pareja, la ausencia de regulación si puede considerarse como una imperfección –susceptible de censura constitucional– de un régimen legal que al disponer sobre los efectos patrimoniales de la vida en pareja decide hacerlo exclusivamente en relación con las parejas heterosexuales y omite hacerlo con otro tipo de pareja que tiene presencia en la realidad social y cuya conformación goza de amparo constitucional, a la luz de las normas superiores que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual.²⁴

22. Vale la pena recordar que en una sentencia anterior se declaró exequible la misma norma sin que se considerara que la exclusión de parejas homosexuales fuera discriminatoria. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098-96.

23. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

24. *Ibid.*

Estaríamos, entonces, frente a una forma de discriminación basada en la exclusión de un grupo de personas en razón de su orientación sexual que anula el ejercicio de derechos de los que sí gozan las parejas heterosexuales que deciden vivir unidas de hecho.

Vale resaltar que, en la doctrina constitucional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), la orientación sexual ha sido considerada en los últimos años como un criterio sospechoso para establecer distinciones. Es decir, dado que históricamente las personas que no se identifican como heterosexuales han sido censuradas, rechazadas, violentadas y discriminadas, en principio cualquier trato distinto que reciban se presumirá discriminatorio, teniendo que cumplirse por lo mismo un control constitucional más estricto. Esta respuesta jurídica refleja el reconocimiento de las relaciones de poder asimétricas que atraviesan nuestras sociedades y que en este caso concreto tienen que ver con la heteronormatividad.

Entonces en estos casos se partiría de la sospecha, de la duda, que tendría que ser desvirtuada o confirmada en la argumentación jurídica.

En mi criterio, el argumento central de la sentencia de la CCC es que la falta de reconocimiento de los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo constituye un atentado contra la dignidad humana, para lo cual resalta dos de sus componentes:

la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. [...] la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia,²⁵ se expresa la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia. La afec-

25. Como se ha dicho, en la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado: (1) como expresión de la autonomía individual, (2) como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o (3) como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

tación de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa, de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante que dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.²⁶

La CCC señala que “no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja (heterosexual y homosexual) [...] no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”.²⁷ En este sentido concluye que es discriminatorio y contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y, por consiguiente, declara la exequibilidad de la norma demandada en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Hasta este momento nos quedamos con la impresión de estar frente a una sentencia progresista que avanza en la inclusión de parejas del mismo sexo en la regulación y protección de las uniones de hecho. No obstante, en el salvamento de voto²⁸ encontramos varios argumentos para evidenciar la posición hegemónica de la heterosexualidad y la inferiorización de quienes no calzan en tal matriz.

En efecto, el voto salvado afirma que la sentencia restringe a efectos patrimoniales los efectos civiles a que hace referencia la normativa impugnada.

sostengo la tesis de que la norma demandada se refiere a todos los “efectos civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil: por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión “efectos civiles” a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia.²⁹

26. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

27. *Ibid.*

28. Salvamento de voto a la sentencia C-075/2007 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

29. *Ibid.*

Deja ver, además, que no solo que la norma demandada discrimina a las personas homosexuales, por excluirlas de la regulación de uniones maritales de hecho, sino que además discrimina a las personas heterosexuales reguladas por dicha normativa, pues las coloca en un nivel inferior de protección y ejercicio de derechos que las parejas heterosexuales reguladas por la institución del matrimonio. Así plantea que “el legislador no puede dejar de igualar: lo que da a uno debe dárselo a otros. Lo que se da al matrimonio católico, tiene que dárselo al matrimonio civil, lo que da al matrimonio debe dárselo a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales”.³⁰

Toca así mismo un punto que tanto en Colombia como en Ecuador ha resultado muy debatido en los últimos procesos constituyentes, el concepto de familia. Aboga por entender que la Constitución no contempla una sola forma de familia y que, entendiendo la pluralidad de la categoría familia, debe reconocerse los mismos efectos jurídicos tanto para familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.³¹

Finalmente, el salvamento de voto muestra la clara contradicción entre el principio de dignidad humana y la resolución a la que llega la mayoría de integrantes de la CCC:

no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar solo algunos. [...] Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatario de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.³²

Recordemos que los estudios críticos del derecho utilizan una “hermenéutica de la sospecha” en la que “se buscan motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales

30. *Ibid.*

31. La diversidad sexual plantea incluso un más allá de la división de uniones heterosexuales u homosexuales. Más adelante analizaremos el caso de un matrimonio en Ecuador entre un hombre y una mujer biológicamente hablando pero cuyas identidades de género son femeninas.

32. Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

y neutras”.³³ En ocasiones las mismas resoluciones judiciales pueden explicitar los elementos ideológicos que se encuentran en juego en la decisión.

Tal es el caso del salvamento de voto que señala: “en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran un pecado”. De manera categórica concluye:

no puedo dejar de resaltar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna “cambiamos para que todo siga igual”, y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.³⁴

Queda demostrada claramente la influencia ideológica marcada por las creencias religiosas y políticas cuando de manera explícita en la aclaración de voto se afirma, “solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege”.³⁵

El Derecho es un discurso poderoso que construye subjetividades y legitimidades e ilegitimidades; en esta medida, es sin duda un territorio de disputa de sentidos y por lo mismo un lugar político.

No es de extrañarse, entonces, que grupos que han sufrido históricamente exclusiones, desigualdades y violencias asuman diversas posturas y estrategias frente al Derecho. En el caso de los movimientos por la diversidad sexual podemos encontrar al menos dos posicionamientos visibles de acuerdo con Vaggione.

De una parte, aquella tendencia que confluye alrededor del *discurso de los derechos* que privilegian la inclusión de las minorías sexuales a través del reclamo de igualdad en el ejercicio de derechos de los que ya gozan las personas heterosexuales. Su estrategia enfatiza en las reformas legales y en la judicialización de casos para lograr la ampliación del reconocimiento como sujetos de derechos a personas no heterosexuales. De otra parte, encontramos la tendencia que se agrupa bajo el paraguas de

33. Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por César Rodríguez, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho* ..., p. 44.

34. Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

35. Aclaración de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla en la sentencia C-075-07.

la *teoría queer* que propone una permanente desestabilización de las nociones de la sexualidad “normal”, la familia, la naturalización de lo heterosexual, apostando por la deconstrucción de políticas de identidades esenciales y fijas. Mantiene una actitud escéptica frente al acercamiento desde los derechos por considerar que este no desafía las estructuras de poder que sostienen la heteronormatividad. Por lo mismo su estrategia es la de deconstruir las instituciones tradicionales que la refuerzan.³⁶

También Judith Butler da cuenta de este dilema entre exigir el reconocimiento de derechos y legitimar la jerarquización social a través del Derecho:

Se puede observar aquí el terreno del dilema: por un parte vivir sin las normas de reconocimiento conlleva un considerable sufrimiento y una forma de privación de derechos que confunde las distinciones entre las consecuencias psíquicas, culturales y materiales. Por otra parte la exigencia de reconocimiento, que es una demanda política muy poderosa, puede conducir a nuevas e ingratas formas de jerarquía social, a una obstrucción precipitada del campo sexual y a nuevas formas de apoyar y extender el poder del estado si no instituye un desafío crítico a las propias normas de reconocimiento proporcionadas y requeridas para la legitimación del Estado.³⁷

En mi opinión es importante proponer una estrategia combinada que, a la vez que exige que el Derecho reconozca la existencia de personas y grupos hasta hoy invisibilizados, patologizados o repudiados para asegurar su efectiva protección, no pierda de vista la crítica a las instituciones que sustentan precisamente la producción de “no sujetos” o “sujetos a medias” para ir fisurándolas y desnaturalizándolas. Es decir, una estrategia que no olvide que el Derecho es uno más de los campos de disputa política, no el único, ni siquiera el más importante, pero ciertamente un campo ineludible.

Considero que un acercamiento al Derecho desde los estudios críticos nos permite mantener la difícil tensión entre legitimar las demandas de grupos excluidos desde el discurso de derechos sin dejar de poner en evidencia que el Derecho no es neutral y que tanto la normativa como la actuación judicial expresan relaciones de poder, formas de entender la vida, la convivencia que legitiman unas existencias sobre otras.

Al respecto, creo que es un ejemplo del uso subversivo del Derecho –en tanto subvierte el orden hegemónico– el utilizar instituciones jurídicas tradicionales precisamente para revelar sus límites y sus exclusiones. Es el caso del matrimonio entre Jessica y Cayetana,³⁸ quienes biológicamente son varón y mujer respectivamente

36. Juan Marco Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, eds., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, t. II, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, American University Washington College of Law/Center of Reproductive Rights, 2008, pp. 18-20.

37. Judith Butler, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 167.

38. Integrantes del Proyecto Transgénero en Ecuador. En: [www.proyecto-transgenero.org].

pero cuyas identidades de género son femeninas. Elocuentemente la invitación para hacer pública su intención de casarse se titula “De amores subversivos y usos alternativos del derecho”.

En una entrevista televisiva,³⁹ Cayetana se refiere a su unión como una que fisura la estructura, afirma: “Estamos usando la posibilidad jurídica de ese matrimonio entre un hombre y una mujer en esta existencia de amor de dos mujeres de identidad femenina, cuyo sexo legal el uno es masculino, el mío es femenino”.

De manera explícita da cuenta de cómo hay existencias que simplemente desbordan al Derecho actual y la necesidad de rupturar.

Yo creo que para las condiciones actuales es necesario hacer una ruptura a los estándares y a las rigideces jurídicas y sociales que nos han impuesto y decir que la existencia de nuestra diversidad, de esta alternativa o diferente movilidad de afectos, existe, más allá de lo que la ley y el papel dice, nosotros ya existimos de esta manera. Entonces yo pienso que es necesario generar esa ruptura social porque actualmente lo que dicen las leyes no nos son suficientes. Las rigideces del género y del sexo y del deseo no nos son suficientes. Como está normado no nos son suficientes, existimos de diversas maneras ya más allá de la legalidad y esto para nosotros es demostrar que lo que dice la ley, lo que está escrito en el papel no nos son suficientes. Somos más diversos que eso.

Yo considero que este tipo de acciones políticas logran una respuesta innovadora que desestabiliza las nociones de la sexualidad “normal”, usando precisamente el Derecho para mostrar sus fisuras. Cuando el periodista le pregunta: “¿Ustedes están desafiando al sistema?”, Cayetana responde:

O sea irónicamente estamos usando el sistema, ese sistema que dice el matrimonio será entre un hombre y una mujer para ayudarse, procrear. Nosotros usamos esa rigidez, pero desde mi práctica lésbica al enamorarme de Jessica, en nuestro encuentro político, en nuestro encuentro artístico, en nuestro encuentro afectivo, es mucho más diverso de lo que la ley dice. Si nosotros ahora estamos usando a favor, irónicamente, lo que la ley dice, solo lo queremos usar para decir que nos desbordamos más allá de la ley. [...] Lo que nosotros queremos es una mayor libertad para la gente, realmente las posibilidades de escoger más allá de lo que socialmente es normal o es aceptado, legitimado. Nosotros queremos usar ahora eso que es tan rígido para decir que somos más que eso y también para que otra gente pueda coger de ejemplo esto o la unión de hecho u otro tipo de mecanismos de unión.

39. Entrevista realizada a Cayetana Salao por el periodista Jorge Ortiz del canal ecuatoriano de televisión Teleamazonas en: [<http://www.youtube.com/watch?v=NetE7USzdXo>]. Agradezco a Johanna Romero, estudiante de la Maestría de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por haberme facilitado este material.

Son pues las existencias negadas por el Derecho las que son politizadas, es decir, llevadas al terreno de disputa del sentido, del significado que tiene el amor, el deseo y las uniones afectivas. Me parece que este tipo de prácticas ilustran uno de los objetivos estratégicos de la interculturalidad que, de acuerdo a Guerrero:

no es solo, reconocer, valorar, respetar, tolerar lo diferente e incorporarlo a la matriz de poder dominante, sino insurgir desde la diferencia contra toda estructura de poder y contra toda forma de colonialidad del poder, del saber y del ser; es hacer insurgir formas otras de pensar, sentir, imaginar, éticas, estética, eróticas otras; en definitiva es la lucha por construir un horizonte civilizatorio y de existencia otro.⁴⁰

Prohibición de diferenciar arbitrariamente

Recordemos nuevamente que uno de los consensos más sólidos respecto del derecho a la igualdad y no discriminación sostiene que toda diferenciación no razonable o arbitraria será considerada discriminatoria y, por lo mismo, violatoria del derecho a la igualdad.

Ahora bien, la calificación de razonabilidad está ciertamente atada a las concepciones de los jueces y las juezas que deciden en un caso en concreto. Si bien me parece fundamental que quienes administran justicia deban argumentar y motivar sus decisiones, creo que no podemos olvidar que tales argumentaciones tienen una carga valorativa, e ideológica que además también está presente en la normativa aplicable al caso y que, en todo caso, no puede ser entendida por fuera de las relaciones de poder imperantes en un contexto específico.

Revisemos otros ejemplos en los que evidenciamos diferencias que tienen la intención de discriminar.

Una mujer afrocolombiana presenta una acción de tutela⁴¹ contra dos discotecas de la ciudad de Cartagena que no le permitieron ingresar alegando que no había espacio en los locales. Sin embargo en el proceso se pudo demostrar que se trataba de un acto de discriminación racial pues la razón planteada por estos locales de entretenimiento era falsa. La CCC enfatiza en la prohibición de la discriminación racial de acuerdo a la normativa constitucional e internacional, contextualiza el caso a través del análisis de datos que comprueban una práctica sistemática de discriminación racial en contra

40. Patricio Guerrero, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida...*, p. 450.

41. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090-05.

de los afrodescendientes en Colombia, plantea que el acto no constituye un hecho consumado en tanto y en cuanto los efectos de la discriminación racial persisten.

Se apoya en el criterio de categorías sospechosas y la consiguiente presunción de discriminación racial para aceptar la acción de tutela:

hay que tener en cuenta que la Constitución consignó en el artículo 13 *categorías sospechosas* respecto de las cuales es posible presumir una segregación. En la sentencia C-371 de 2000 se definió esta proposición de la siguiente manera: “El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, *aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. [...] El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. [...] Pues bien, conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos, esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social.*”⁴² (la cursiva consta en el original)

El Tribunal Constitucional de Ecuador,⁴³ (TCE) al resolver aceptando un amparo⁴⁴ en contra de la prohibición del ingreso de mujeres para atender barras, bares, billares y picanterías en la provincia de Galápagos,⁴⁵ sostiene que la resolución en la parte impugnada, constituye un acto discriminatorio en contra de las mujeres, específicamente de aquellas que tienen como trabajo y fuente de ingresos el atender bares, cantinas y picanterías, porque se les ha limitado sus derechos fundamentales.

El principio de igualdad, desaparece cuando a las personas no se les permite acceder a un determinado trabajo, por discriminaciones que diferencian al ser humano, por su condición social, económica, religiosa, o de género, y más aún cuando se prohíbe el derecho a escoger libremente un oficio acorde a las capacidades y preparación de cada persona [...] En el presente caso, efectivamente se ha ocasionado un daño grave a las mujeres que venían desempeñando determinadas tareas en los lugares de trabajo antes detallados, limitán-

42. *Ibid.*

43. Esta es la denominación vigente hasta 2008 cuando la nueva Constitución la llama Corte Constitucional.

44. Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución No. 137-06-RA.

45. Art. 2 de de la resolución No. 782 de 7 de septiembre de 2006 suscrita por el Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo del Instituto Nacional de Galápagos.

dose con ello el goce y el ejercicio de los derechos [...] como es el trabajo, fuente legítima, por medio del cual se suplen necesidades básicas que tiene todo ser humano, y que de igual manera solventa problemas de índole económica al interior de las familias.⁴⁶

Otro ejemplo claro de un trato diferente que es discriminatorio lo encontramos en una norma de la Ley de Maternidad Gratuita⁴⁷ que es declarada inconstitucional por el TCE respecto de la exclusión a las mujeres embarazadas que tuvieran sida de la atención de salud.⁴⁸

En efecto en dicha resolución el TCE ahonda en el sentido mismo del derecho a la igualdad señalando que tal derecho significa que:

el legislador no solo debe dar el mismo trato a personas que se encuentran en una misma situación sino, además, que no puede realizar diferenciaciones peyorativas entre las personas por razones de “nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, *estado de salud*, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” pues estas constituyen discriminación. Por otra parte, la misma Constitución, en sintonía con la doctrina constitucional sobre la igualdad, prevé la posibilidad de establecer medidas diferenciadoras de carácter positivo, en beneficio de personas o grupos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad [...] En definitiva nuestro orden constitucional prohíbe el discrimen negativo y alienta medidas afirmativas o positivas conocidas como discrimen positivo, a favor de personas o grupos que se encuentran en situación desventajosa por diferentes motivos en la sociedad, expresión de lo cual, precisamente constituye la Ley de Maternidad Gratuita que brinda atención especializada y oportuna a las mujeres gestantes; sin embargo, el establecimiento de una excepción en la atención a mujeres embarazadas, en el parto y postparto a aquellas mujeres que adolecen de una enfermedad catastrófica de alta complejidad como se ha calificado al sida, no obstante ser considerado éste un grupo vulnerable de atención prioritaria, conforme prevé la Constitución, constituye un hecho de exclusión y discrimen sin sustento racional alguno.⁴⁹ (la cursiva consta en el original)

Una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)⁵⁰ resulta sumamente ilustradora del doble parámetro basado en el género y de la influencia de las

46. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 137-06-RA.

47. Art. 2 literal a) “Se asegura a las mujeres, la necesaria y oportuna atención en los diferentes niveles de complejidad para control prenatal y, en las enfermedades de transmisión sexual los esquemas básicos del tratamiento (excepto SIDA), atención del parto normal y de riesgo, cesárea, puerperio, emergencias obstétricas, incluidas las derivadas de violencia intrafamiliar toxemia, hemorragias y sepsis del embarazo, parto postparto, así como la dotación de sangre y hemo derivados”.

48. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 030-2006-TC.

49. *Ibid.*

50. Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.

apreciaciones morales dominantes que inciden en la violación de derechos humanos de las mujeres.⁵¹

En este caso, una mujer teniente de policía presenta una queja ante el TGC por haber sido dada de baja de la institución policial por actos que, a decir de las autoridades policiales, atentan gravemente a la moral y las buenas costumbres (el hecho de ser mujer soltera, haber quedado embarazada fruto de relaciones sexuales con un oficial casado y, finalmente, haber tenido un aborto espontáneo).

El TGC evidencia de manera enfática la doble medida al calificar las relaciones sexuales con un hombre casado como un atentado a la moral y buenas costumbres en el caso de una mujer policía mientras no se sanciona el mismo hecho en el caso de los varones policías:

es evidente el espíritu discriminatorio con que se actuó en el caso, por tratarse de una mujer, pues se olvidó o se pretendió ignorar que en la Policía Nacional existen ciento cuatro oficiales en servicio activo, entre coroneles y subtenientes, que pasan pensiones alimenticias por hijos habidos extra matrimonialmente, oficiales que permanecen en la institución, que sin duda por su condición de varones, no han recibido sanción idéntica a la baja de la reclamante, en abierto quebrantamiento del principio de igualdad...⁵²

En un caso en que un juez solicita que el TCE se pronuncie respecto a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que establecía la falta de probidad como testigos idóneos dentro de un proceso legal de las “merecitrices”,⁵³ encontramos un análisis más desarrollado respecto de la no discriminación en general. En efecto, el TCE realiza un test de razonabilidad para determinar si existe o no discriminación en los siguientes términos:⁵⁴

la norma cuya inconstitucionalidad se impugna, establece una diferenciación respecto a la calidad del testimonio de determinado grupo de mujeres [...] es necesario efectuar un análisis de razonabilidad de tal diferenciación, para establecer si se trata de una disposición discriminatoria. Al efecto, se considera lo siguiente:

-
51. Para Alda Facio el doble parámetro es una de las manifestaciones del sexismo. Ver Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, pp. 181-224.
 52. Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.
 53. Art. 217 núm. 7 del Código de Procedimiento Civil.
 54. Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2008, p. 73.

- a) El objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. En este caso, es la adquisición de la certeza sobre los hechos controvertidos en juicio, lo cual, a no dudarlo, constituye un importante fin, ya que se trata de establecer los casos en los cuales un testimonio, no lograría cumplir con este principio procesal;
- b) La validez del objetivo en el marco de la normativa constitucional. Toda vez que la Carta Fundamental, en el artículo 192 garantiza el sistema procesal, como medio de realización de la justicia, es procedente que, a fin de garantizar la idoneidad de los testigos, se realicen valoraciones que pueden establecer diferenciación en las personas;
- c) La racionalidad del trato desigual, es decir la debida proporcionalidad entre el trato desigual y el fin que se persigue. Al respecto, es necesario considerar que la diferenciación se efectúa, por la actividad que realizan determinadas mujeres, actividad que, en la actualidad no es exclusiva del sexo femenino, pues, es evidente que también existen hombres que se dedican al trabajo sexual. [...] no existe justificación razonable, para considerar a las mujeres llamadas “meretrices” en el texto impugnado, carentes de credibilidad como testigas en un caso dado, pues, no se ha llegado a determinar que, no obstante su actividad, se encuentren disminuidas en su capacidad para referir lo visto, lo escuchado, lo presenciado, dentro de un proceso que coadyuve a garantizar la veracidad de los hechos. [...] se concluye la inexistencia de proporcionalidad entre la medida diferenciadora contenida en el artículo 217, número 7, del Código de Procedimiento Civil y la finalidad que se pretende, cual es la adquisición de la certeza en los hechos de que se trate en un proceso, en tanto coloca a un sector de mujeres en situación de credibilidad disminuida, cuando incluso, la legislación nacional contiene normas para regular su actividad, reconociendo que es una realidad insoslayable. [...] En definitiva, la distinción que realiza la norma impugnada respecto a las mujeres “meretrices”, como testigas no idóneas por falta de probidad, al no contener una razonable justificación, carecer de objetividad y al ser desproporcionada con el fin que se persigue, constituye un discrimen, en los términos previstos en el artículo 23, número 3 de la Constitución, pues se realiza una diferenciación negativa en razón del género y de la actividad que desarrollan las mujeres –a las que refiere la norma, por la actividad que realizan.⁵⁵

En otro caso, la CCC⁵⁶ declara exequible la norma del Código Civil que prohíbe al varón que ha alcanzado la mayoría de edad demandar alimentos necesarios a quien tenga la obligación de suministrarlos, siempre y cuando no esté impedido mental y físicamente para subsistir con su propio trabajo bajo la condición de que también se entienda referida a “ninguna mujer”. En este caso la CCC afirma:

Para comprender el verdadero alcance de la disposición acusada es imperativo que el intérprete dirija su atención a las normas posteriores que han equiparado el trato jurídico entre hombres y mujeres. En este contexto, no puede negarse que las normas que propug-

55. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 002-2004-DI.

56. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-875-03.

nan dicha equiparación suelen encontrarse inmersas en regulaciones que tienden a eliminar formas específicas de discriminación femenina. Pese a que en la práctica la disposición acusada consagra un tratamiento favorable para la mujer, que le permite demandar alimentos aún siendo mayor de edad, es lo cierto que dicho tratamiento proviene del prejuicio ya superado que la consideraba sujeto no apto para sobrevivir por su propio esfuerzo. [...] se colige que la expresión acusada, en tanto se refiere únicamente al deudor alimentario varón, es contraria al espíritu de la Carta, pues introduce un trato diferencial no justificado que denota un prejuicio históricamente superado, incompatible con el principio de igualdad que rige nuestro sistema jurídico.⁵⁷

En los siguientes casos se discute si la fijación de un límite de edad para una actividad laboral o cargo resulta razonable o si, por el contrario, es discriminatorio.

El TCE niega una acción de inconstitucionalidad⁵⁸ de la norma⁵⁹ que dispone que la matrícula de práctico marítimo o fluvial será cancelada definitivamente por la Dirección General de Marina Mercante y del Litoral entre otras causas cuando el práctico cumpla 70 años de edad. El accionante alega que dicha disposición discrimina en razón de la edad, lo cual está prohibido constitucionalmente. El TCE no realiza una argumentación suficiente para negar que se trate de un caso de discriminación, simplemente señala que la Constitución dispone que es responsabilidad de los ciudadanos anteponer el interés general a interés particular y que las normas de tratados internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.⁶⁰ Ciertamente, el TCE pudo haber llegado a la misma conclusión realizando un test de razonabilidad para demostrar que la distinción en este caso por razones de edad era razonable y, por lo mismo, no discriminatoria, pero para ello era necesario analizar el objetivo del trato diferente y su legitimidad constitucional y poner en evidencia por qué esta medida era adecuada, necesaria y proporcional.

En otra acción de inconstitucionalidad,⁶¹ el TCE declara la inconstitucionalidad del requisito⁶² de no ser mayor de 75 años para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.⁶³

57. *Ibid.*

58. Tribunal Constitucional, Resolución No. 023-2000-TP, Caso 368-99-TC.

59. Art. 8 literal a) del Reglamento de Practicaje Marítimo y Fluvial, en los Puertos y Terminales de la República.

60. Seguramente lo menciona con relación al Acuerdo Latinoamericano sobre Control de Buques que contempla entre los perfiles de edad del inspector un rango de edad entre 35 y 55 años.

61. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

62. Art. 2 de la ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la función Judicial de 26 de mayo de 2005.

63. Cabe recordar que este caso y la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial se inscriben en el contexto de la caída del gobierno de Lucio Gutiérrez quien, en abril de 2005, declaró cesante a la Corte Suprema de Justicia nombrada por el Congreso Nacional en diciembre de 2004 y nombró la denominada “Pichi Corte” en referencia a su titular conocido como “Pichi” Castro. Esta decisión le costó el cargo, luego de una serie de movilizaciones sociales en la ciudad de Quito, con lo cual la alta corte estuvo en acefalía varios meses. Así

El TCE sostiene que tal disposición es discriminatoria; veamos sus argumentos:

El demandante acertadamente manifiesta que ni la ciencia médica ni ninguna otra disciplina científica ha podido demostrar que una persona pasada de los 75 años, no puede ejercer labores intelectuales, bien sean éstas administrativas, judiciales, legislativas o de otra índole, como las realizan profesionales de distintas áreas que aunque hayan cumplido 75 años siguen trabajando normalmente, prestando su servicio a la comunidad. En consecuencia el criterio de considerar la edad de 75 años como impedimento para ejercer la magistratura de la Corte Suprema de Justicia es arbitrario y sin fundamento, sin la menor duda no se debe poner énfasis en la edad, sino en otros impedimentos que si son determinantes en el ejercicio de esta Magistratura como el proceder profesional ético y personal ante todo. [...] No debe existir edad obligatoria de separación del cargo; su elección es un derecho del trabajador, la continuación o no de cualquier trabajador en el empleo no deberá ser en función de la edad, sino de las aptitudes y capacidades efectivas del trabajador para su puesto de trabajo. En el derecho actual, así lo reconoció el Tribunal Constitucional español, la separación del trabajo debe ser un derecho para el trabajador que lo elegirá según sus condiciones personales, con su personal criterio y decisión. Ninguna ley, reglamento u otra norma podrá establecer requisitos para ocupar ciertos cargos, haciendo referencia en forma discriminatoria a la edad de los trabajadores, se deberá tener en cuenta exclusivamente razones objetivas de igualdad para todos. Por todo lo señalado, es inconstitucional la frase: “ni mayor de setenta y cinco años”.⁶⁴

El voto salvado⁶⁵ en este caso considera que no constituye discriminación el fijar como límite de edad para el ejercicio de la magistratura los 75 años; al contrario, afirma que, dado que la edad máxima para la jubilación de acuerdo a la Ley del Seguridad Social es de 70 años, en este caso se estaría aplicando una acción afirmativa a favor de los magistrados al extender a 75 años el límite para su retiro, valorando así su experiencia.

Plantea que “la democracia no concibe el ejercicio indefinido de cargo o función pública alguna, siendo más bien una exigencia de la vida democrática, la necesaria imposición de límites al ejercicio de todo cargo, a fin de evitar el natural abuso del poder cuando el mismo se lo puede ejercer en forma indefinida”:⁶⁶

mismo es pertinente recordar que la Constitución de 1998 establecía como requisito para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia el ser mayor de 45 años (art. 201) y que el art. 202 precisaba que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no tenían período fijo en el ejercicio de sus cargos.

64. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

65. Voto salvado del magistrado Tarquino Orellana en el caso No. 004-2006-TC.

66. *Ibid.*

es conveniente por la necesidad de la continuidad del servicio y la eficiencia del mismo el que no se deba esperar a que los funcionarios se encuentren en un estado que imposibilite la continuidad y eficiencia del servicio, por lo cual, la edad de 75 evita tal eventualidad, pues se trata de que los Ministros desempeñen su cargo en plenas facultades, siendo el límite de 75 años establecido por el legislador, coherente con estas consideraciones y por tanto razonable, sin que tal determinación hecha por el legislador pueda ser atacado por arbitrario sino que es concordante también con las expectativas de vida en este país. Por lo mismo, dicha limitación no se contrapone a lo establecido en los artículos 201 y 202 de la Constitución, pues, la misma Constitución establece que si bien el período no es fijo, pues, la persona puede ser elegida a los 45 años de edad, la causal de cesación por edad avanzada no se contrapone a la disposición constitucional de que para los Ministros de la Suprema no existe un período fijo, sino que establece una necesaria causal de cesación por edad avanzada. [...] la norma impugnada está orientada al interés general de que el ejercicio de las dignidades y funciones públicas sea un servicio a la colectividad que se preste con capacidad y eficiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la Constitución; siendo evidente la necesidad de limitar el ejercicio de los cargos públicos y de cesar a dichos funcionarios por razón de su avanzada edad a fin de que no perjudiquen la continuidad y eficiencia del servicio que se presta.⁶⁷

La mayor parte de casos que hemos analizado en este primer bloque calzan en la categoría de diferencias que se basan en la idea de inferioridad de las y los accionantes ya sea por su identidad racial, orientación sexual, género, actividad laboral, condición de salud, edad, etc. En casi todas las sentencias se reconoce la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, en algunas se avanza en evidenciar la matriz social discriminatoria y en otras se evidencia los prejuicios que aún persisten para reconocer y valorar la diferencia. En los casos que tratan la diferenciación por edad se evidencia que de acuerdo a la línea de argumentación de quienes juzgan se puede llegar a decisiones opuestas convincentes (ya sea que haya razones suficientes para definir un límite de edad o bien que tal medida es discriminatoria). En algunas de las sentencias es más evidente la disputa de sentidos e ideologías respecto a quiénes se reconoce como sujetos de derechos y en qué medida.

RECONOCIMIENTO Y VALORACIÓN DE LA DIFERENCIA

Podemos encontrar en sentencias de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador respuestas de mayor o menor reconocimiento de las diferencias, ya sean estas étnicas, sociales, biológicas o económicas. En estos casos la diferencia es rele-

67. *Ibid.*

vada precisamente para lograr concretar efectivamente el postulado de igual dignidad y valor de todas las personas y grupos humanos.

Reconocimiento de diversas cosmovisiones

El TCE⁶⁸ y la CCC han resuelto diferentes acciones constitucionales reconociendo, en casos concretos, el derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus formas de organización y autoridad, entre ellas, su propia administración de justicia.⁶⁹

Encontramos, por ejemplo, que el TCE confirma la sentencia del juez a quo que acepta la acción de amparo⁷⁰ presentada por el Presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra la compañía ARCO Oriente por haber iniciado esta negociaciones directas con integrantes de este pueblo, pasando por alto a las autoridades indígenas y a las resoluciones de su asamblea.

Esta compañía había firmado con el Estado un Contrato de Participación para la explotación de hidrocarburos en el bloque 24 situado entre las provincias de Morona Santiago y Pastaza en donde el 70% corresponde a territorio del pueblo shuar. En dos asambleas de la FIPSE, se resolvió no permitir ninguna negociación o contratación individual de sus respectivos centros y asociaciones con la compañía ARCO. Sin embargo, la mencionada compañía ingresó al territorio de estos pueblos sin autorización de sus máximas autoridades, habiendo conseguido que algunos miembros de este pueblo firmaran convenios para realizar estudios de impacto ambiental en las áreas que corresponden a tres asociaciones. Todo esto trajo como consecuencia discordia, conflictos y división entre las asociaciones que integran la FIPSE.

El TCE confirma la resolución que declara con lugar el recurso de amparo, afirma que la conducta de la Compañía Arco Oriente viola los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente y dispone que:

68. Es necesario señalar que el TCE ha emitido muy pocas sentencias en las que desarrolle los derechos colectivos de pueblos indígenas y, específicamente, el derecho a ejercer su propia justicia. En algunos casos, habiendo tenido la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones de fondo en este tema, el TCE, en mi opinión, dejó pasar esa importante oportunidad, alegando el incumplimiento de requisitos de forma. Un ejemplo claro de esta afirmación es la Resolución 002-03-CC, respecto del caso conocido como de La Cocha, en la que esta comunidad solicita que el TCE se pronuncie respecto de la competencia de las autoridades indígenas para juzgar un caso de asesinato cometido en la comunidad de La Cocha, en el que el acusado y la víctima son integrantes de la comunidad indígena.

69. Vale recordar que en ambos países las normativas constitucionales a partir de la década de los noventa han incluido en mayor o menor medida el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

70. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 247-00-I.S., Caso No. 994-99-RA.

1. La recurrida no se acercará a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la federación a través de su directiva; 2. La prohibición de la recurrida para promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación perteneciente a la FIPSE, sin que tenga debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva.⁷¹

En el siguiente caso, la CCC⁷² tutela los derechos fundamentales a la diversidad, la autonomía y el debido proceso de la comunidad indígena de Caquiona y del integrante de la misma, sindicado por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, declarando sin valor ni efecto la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió el conflicto de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Afirma la CCC, tomando una sentencia anterior, que: “del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.⁷³

Argumenta que existe una doctrina constitucional consolidada en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno a asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial.⁷⁴ Estos elementos están presentes en el caso por lo que, en su criterio, la competencia debía recaer sin duda en la jurisdicción indígena.

Varias sentencias de la CCC⁷⁵ tratan sobre los límites al ejercicio de la justicia indígena. Partiendo del presupuesto de que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, reiteran el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas y minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de mayor jerarquía (por ejemplo la seguridad interna) siempre que la medida sea necesaria y lo menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. Dentro de los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales están el respeto al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de

71. *Ibid.*

72. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

73. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496-96.

74. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

75. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-349-96; T-496-96; T 523-97; SU-039-97; T-606-01; T-811-04, T-1026-08.

la tortura y el debido proceso conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico.

Veamos un par de ejemplos de casos⁷⁶ en que integrantes de pueblos indígenas plantean acciones de tutela o amparo en contra de las decisiones de las autoridades indígenas, alegando la violación de derechos fundamentales.

El TCE niega una acción de amparo⁷⁷ presentada por un indígena shuar en contra de la decisión de las autoridades de la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) que prohíbe su ingreso a dos comunidades en las que el accionante ha sido posesionario de unas tierras por más de veinte años.

El TCE argumenta que

las autoridades indígenas tienen pleno derecho a velar por la conservación de las formas de convivencia de sus comunidades, y sobretodo a precautelar el orden dentro de las mismas, sin que pueda exigírseles que toleren actos de disociación por parte de elementos singularizados.[...] En el presente caso, las autoridades indígenas apreciaron el carácter disociador del demandado, y aún más, la problemática que se había suscitado por su comportamiento, para con ello expulsarlo de la Federación Shuar. [...] en virtud del Art. 191 inciso final de la Constitución de la República, tenían plena facultad para solucionarlo (el conflicto interno) con efecto vinculante. Por todas estas consideraciones mal hizo el juez a quo en pronunciarse sobre resoluciones de la Federación Shuar, adoptadas en virtud de las facultades que expresa la Constitución de la República, pues se desconoció su efecto vinculante y el propósito de conservación del orden e integridad que compete a las autoridades de dicha Federación.⁷⁸

Así mismo, un indígena Páez, acusado de propiciar la muerte del alcalde de Jambaló por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, interpone una acción de tutela⁷⁹ contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, alegando la violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso.

Es interesante el esfuerzo que refleja la sentencia de realizar una lectura intercultural del caso. En efecto, la CCC analiza si se cumplió o no dentro del enjuiciamiento con el debido proceso y, para ello, estudia los procedimientos comunes para este pueblo indígena, llegando a la conclusión de que en el caso concreto sí se cumplió con el debido proceso:

76. Adicionalmente se puede revisar la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-549-07.

77. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 329-2003-RA.

78. *Ibid.*

79. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523-97.

para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el “yacska te’ c’indate tenge’a mecue” o “rastros que dejan los mayores”, pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y “encontrar la mentira en la palabra de los acusados”. Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos. Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el “us yacni” (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no solo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía. La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.⁸⁰

De igual manera, la CCC analiza la diferente forma de entender una misma sanción dependiendo de cada cosmovisión y concluye que, en el caso concreto, la sanción de fuste no es equiparable a la tortura y que el destierro del condenado de su comunidad no contraviene la prohibición constitucional de destierro pues se refiere únicamente al territorio del pueblo indígena Páez y no al territorio nacional colombiano. Revisemos el análisis relativo a si la sanción puede o no calzar en la definición de tortura o pena degradante:

La sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de

80. *Ibid.*

cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada. [...] El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.⁸¹

En los siguientes casos la CCC tutela el principio de autonomía de los pueblos indígenas dejando ver, adicionalmente, la obligación que el respeto de tal autonomía acarrea para otras instituciones.

Es así que un indígena de la comunidad Tacueyó presenta sus papeles para ser admitido en la Universidad del Valle en Colombia dentro del cupo de 4%⁸² fijado por esta entidad académica para favorecer la inclusión de indígenas. Esta persona no fue admitida en razón de que –de acuerdo a la universidad– no acreditaba su condición de indígena pues no aparecía registrado en el censo que lleva la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia. Frente a este hecho, presenta una acción de tutela por considerar que la universidad viola sus derechos fundamentales por impedir su acceso a la educación superior y desconocer su identidad indígena.

81. *Ibíd.*

82. Este es un ejemplo de un tipo de acción afirmativa.

En este caso,⁸³ la CCC resuelve tutelar el derecho fundamental a la educación del accionante, así como el derecho a la autonomía indígena y al respeto de la diversidad étnica y cultural del Cabildo Indígena de Tacueyó.

En ese sentido ordena a la Universidad del Valle la admisión del reclamante para el próximo período académico e insta a la Dirección Nacional de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia para que actualice periódicamente el censo de las comunidades y resguardos indígenas ubicados dentro del territorio nacional, teniendo en cuenta los censos que guarda cada una de estas comunidades, reconociendo las competencias de las autoridades indígenas de cada comunidad y respetando el principio de autonomía de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el principio de autonomía de los pueblos indígenas y la facultad para la comunidad de identificar a sus miembros, además de la realidad de la identidad indígena demostrada plenamente por el actor, la Universidad del Valle no puede sostener que no ha demostrado ser un indígena con derecho a los cupos especiales porque no figura en el censo que tiene el Ministerio. En dicha medida, debe primar la *condición real del indígena*, sobre condiciones formales como la inscripción en un censo llevado por entidades ajenas a la respectiva comunidad indígena. [...] darle prelación al requisito de inscripción en el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, frente al censo que lleva la propia comunidad indígena y las certificaciones emitidas por las autoridades legítimas de dicha comunidad, contraría abiertamente el respeto a la diversidad étnica y cultural, la autonomía del Cabildo Indígena de Tacueyó, así como al respeto por la identidad indígena del actor. Por lo tanto, dicho requisito no le puede ser opuesto válidamente al tutelante y debe aplicarse directamente la Constitución y el principio de autonomía de los pueblos indígenas.⁸⁴

En otro caso, el gobernador del Territorio Indígena Inga de Aponte solicita que se cumpla la sentencia del Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia del Pueblo Inga de Aponte, que condena a dos de sus miembros a seis años de prisión, pues la Dirección de la Cárcel de Pasto se negó a cumplir tal disposición. Mediante la acción de tutela afirma que han sido violados los principios de diversidad cultural y el derecho de las comunidades indígenas de ejercer justicia.⁸⁵

La CCC toma en cuenta que el gobernador del Cabildo explicó que “en los casos de delitos graves y teniendo en cuenta el peligro que implica para la comunidad, las

83. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-703-08.

84. *Ibid.*

85. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1026-08.

autoridades indígenas imponen la pena privativa de la libertad, en las cárceles del sistema ordinario, puesto que no cuentan con la infraestructura para hacerlas efectivas”.⁸⁶

La Corte concluye que la decisión del Instituto Penitenciario de Colombia (INPEC) de no dar cumplimiento a una sentencia proferida por una autoridad tradicional desconoce la autonomía que la Constitución otorga a la jurisdicción indígena, y, como consecuencia, produce un desconocimiento de la diversidad cultural y étnica y enfatiza que las decisiones tomadas en el seno de la comunidad deben ser cumplidas por todas las autoridades públicas.

Retomando una sentencia anterior, la CCC sostiene que, cuando la justicia indígena no tiene la infraestructura para redimir las penas impuestas a sus miembros, “es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, Inpec) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación”.⁸⁷

Es importante enfatizar en que el reconocimiento y valoración de las diferencias trae consigo el reconocimiento de derechos específicos. Así, por ejemplo, la CCC ha insistido en que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales específicos, entre ellos, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.⁸⁸ Así mismo afirma:

la consagración constitucional de la jurisdicción indígena tiene dos facetas que pueden identificarse de la siguiente manera: (i) el derecho de la comunidad indígena de juzgar a sus miembros por los delitos cometidos dentro de su comunidad, de acuerdo a sus usos y costumbres y (ii) el derecho de los miembros a un fuero especial que implica que, dadas ciertas circunstancias, están sometidos a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional.⁸⁹

86. *Ibid.* De todas maneras este caso da cuenta de la influencia de la justicia estatal y sus formas de sanción en comunidades indígenas. Recordemos que el Convenio 169 en su art. 10 dispone: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

87. Corte Constitucional, Sentencia T-239-2002.

88. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380-93.

89. *Ibid.*

Reconociendo la desigualdad real para transformarla. Acciones afirmativas

Otra forma de reconocimiento de la diferencia se expresa en las denominadas acciones afirmativas⁹⁰ que parten de reconocer que las estructuras sociales, económicas y culturales están atravesadas por relaciones de poder asimétricas que han posicionado a ciertos grupos de personas en situaciones privilegiadas y a otros grupos en situaciones de desigualdad. De cara a esta realidad, el Estado no puede permanecer neutral sino que asume un rol activo para eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias.⁹¹

En tal sentido, es sumamente importante entender que las acciones afirmativas –también denominadas medidas especiales de carácter temporal– son un medio para hacer realidad la igualdad sustancial o de facto, y no una excepción al principio de igualdad y no discriminación.⁹²

Según Añón son elementos de las acciones positivas:

- a) La existencia de una desigualdad real, desventaja, inferioridad o discriminación que obstaculiza la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto.
- b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social.
- c) La contextualización de las medidas cuyo contenido y tipo dependen de las circunstancias y el caso.
- d) El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real.
- e) La razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material.⁹³

El Comité de la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) enfatiza en la importancia de la contextualización para superar la discriminación contra las mujeres a través de medidas especiales de carácter temporal:

90. También se las conoce como medidas especiales de carácter temporal, discriminaciones positivas o acciones positivas.

91. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 137-155.

92. Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, Recomendación General No. 25, párr. 18.

93. María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 50-51.

La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.⁹⁴

Reitero, entonces: las acciones afirmativas o acciones positivas son medidas de diferenciación que tienen como finalidad transformar una situación de desigualdad de condiciones en una situación de igualdad real de condiciones.⁹⁵

A continuación analizo ejemplos en los que la justicia constitucional se ha pronunciado respecto de este tipo de medidas para alcanzar la igualdad en la participación política de las mujeres en Ecuador y Colombia.

La Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) niega una acción extraordinaria de protección⁹⁶ presentada contra la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Electoral que, a su vez, confirma las resoluciones de la Junta Electoral de Manabí, negando la inscripción de dos listas de candidatos por incumplir el requisito de alternancia y secuencia de mujeres y varones en las listas pluripersonales de candidatos.

La accionante sostiene que “la negativa de inscripción de las listas de candidatos no procede al fundarse en un motivo de mera formalidad, pues el derecho político de elegir y ser elegido no puede ser conculcado por la mala elaboración de las listas de candidatos”.⁹⁷ Al respecto, la CCPT afirma enfáticamente:

Esta Corte observa que el aspecto que la accionante califica de “formal”, son los principios de paridad y alternabilidad, los cuales están recogidos no únicamente en el instructivo antes mencionado, sino además, en la Constitución de la República⁹⁸ [...]. Si partimos y respetamos el principio de fuerza normativa de la Constitución, es claro que aquellos ciudada-

94. Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, *Recomendación General No. 25*, párr. 10.

95. María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, p. 47.

96. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

97. *Ibid.*

98. Art. 61. Las ecuatorianas y ecuatorianos gozarán de los siguientes derechos, de acuerdo con la ley: 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base a méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. Art. 116. Para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres, y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.

nos que aspiren a ocupar cargos públicos de elección popular de carácter pluripersonal (concejales), deben conducir dichas aspiraciones a través de un sistema electoral (la forma de construir listas es uno de sus elementos) que respete la paridad y la alternabilidad. Los requisitos de la paridad y alternabilidad, como componentes sustanciales del sistema político ecuatoriano y no como mera formalidad, se desprenden, además, de los procesos históricos de lucha por la igualación material en el ejercicio de los derechos políticos entre hombres y mujeres. No es una novedad decir que en el Ecuador, tradicionalmente, la representación política estuvo reservada, en la realidad de los hechos, para los ciudadanos, relegando a las ciudadanas al mundo de la vida privada. Un Estado de derechos como el ecuatoriano, debe caracterizarse por permitir que, de hecho, las mujeres puedan acceder en igualdad de condiciones a la representación política, para lo cual los mandatos constitucionales obligan a que en la elaboración de las listas se respete los principios de alternabilidad y paridad [...] Esta Corte, luego de analizar la documentación pertinente, concluye que la actuación de los entes electorales no discriminan, bajo ninguna circunstancia, a los representados por la accionante, pues por el contrario, en ejercicio de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real entre hombres y mujeres que aspiran ocupar cargos públicos de representación política, es necesario que las listas estén construidas de tal forma que las mujeres alcancen efectivamente una función de representación y es precisamente eso, aquello que la accionante incumplió al presentar las listas para concejales.⁹⁹

El TCE en una resolución¹⁰⁰ anterior declaró la inconstitucionalidad de una norma reglamentaria¹⁰¹ que afectaba el derecho a la participación política equitativa de las mujeres por la inadecuada aplicación de la alternancia y la secuencia entre hombres y mujeres en las listas pluripersonales de candidatos a cargos de elección popular.

El TCE sostuvo que el espíritu de las acciones afirmativas es establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar la discriminación (en este caso por razones de género). El art. 102 de la CPE, que establece que el Estado garantizará la participación equitativa de hombres y mujeres como candidatos en procesos de elección popular, consagra una medida especial cuyo espíritu es combatir la discriminación sufrida históricamente por las mujeres al haber sido excluidas de la toma de decisiones políticas. La definición sobre alternabilidad y secuencia que consta en el artículo impugnado no garantiza la participación equitativa entre varones y mujeres y atenta a la igualdad de condiciones al establecer que una

99. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

100. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 028-2002-TC.

101. Art. 40 del Reglamento de la Ley General de Elecciones. “Las candidaturas pluripersonales deberán presentarse con, al menos, el 30% de mujeres entre los principales y el 30% entre los suplentes. La alternabilidad y secuencia en la presentación de listas deberá seguir el orden par o impar. Alternabilidad es la distribución en la lista de forma sucesiva entre hombres y mujeres. Secuencia es la serie de combinaciones que pueden realizarse en la lista, al tratarse de representaciones de 3 a 5 dignidades, saltando uno o dos puestos; de 6 dignidades en adelante, pasando entre dos y tres puestos y así sucesivamente”.

mujer puede ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones. Dado que el Estado ha asumido el deber de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres, hay que evitar efectos que menoscaben ese objetivo y resulta obligación de toda autoridad regular en beneficio de las acciones afirmativas. Por lo que considera que la norma impugnada viola entre otros el derecho a la igualdad y la no discriminación.¹⁰²

En el caso de la sentencia sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público¹⁰³ la CCC¹⁰⁴ se planteó la siguiente interrogante: ¿Las acciones afirmativas y el trato especial con fundamento en el género es violatorio del art. 13 de la Constitución?¹⁰⁵

Para el efecto, la CCC define las acciones afirmativas como aquellas “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que las afectan”,¹⁰⁶ “bien de lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”.¹⁰⁷

Dentro de ellas ubica las denominadas medidas de discriminación inversa o positiva que tiene como características propias que consideran aspectos como el sexo o la raza (criterios considerados sospechosos) y porque se producen en una situación de especial escasez de bienes (por ejemplo, puestos de trabajo, cupos universitarios) lo cual implicaría que el beneficio a favor de estos grupos trae como consecuencia perjuicio a otros.

Aclara también que la CCC ha considerado como criterios sospechosos aquellas categorías que:

102. Judith Salgado, “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, 2008, pp. 111-130.

103. El análisis de esta sentencia lo tomo de un artículo que escribí en 2007 en el que se puede encontrar un estudio más pormenorizado del caso. *Ibid.*

104. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C-371-00.

105. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

106. Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, citado en la sentencia C-371-00.

107. Greenwalt Kent, “Discrimination and reverse discrimination”, citado en la sentencia C-371-00.

(i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen *per se*, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.¹⁰⁸

Entonces el estar de frente a una categoría sospechosa el examen de razonabilidad del trato diferente debe ser muy severo y profundo pues históricamente el trato diferente por razones de sexo, raza o etnia ha estado vinculado a usos discriminatorios.

La CCC plantea también los elementos necesarios para que se configure una medida de discriminación inversa:

1. “La validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas a favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias”.¹⁰⁹ 2. No toda medida de discriminación inversa es constitucional como parece sugerirlo una de las intervinientes. En cada caso habrá que analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3. Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser.

Inscrito en el marco de la interpretación constitucional como tónica,¹¹⁰ la CCC recurre a datos estadísticos para demostrar la baja participación de las mujeres en los más altos niveles decisorios del Estado colombiano. A partir de tales cifras llega a las siguientes contundentes conclusiones:

- A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y masculina calificada para acceder a puestos de dirección, esto no se refleja en la representación efectiva.
- La precaria representación femenina obedece a una lógica discriminatoria, lo cual se demuestra en el hecho de que, en la carrera administrativa cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de las mujeres llega incluso a sobrepasar a la de los hombres.

108. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C 371-00.

109. Sentencia C-410 de 1994 de la CCC citada en la sentencia C-371-00.

110. Se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores de su interpretación. Para la concretización, el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolver contrastando argumentaciones y construyendo a partir de ahí la decisión de la forma más conveniente posible.

- Es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer con medidas de efecto inmediato que disminuya la subrepresentación y de efecto a largo plazo que incida en la transformación de la mentalidad.

A partir de esta constatación, la CCC coloca un punto muy importante en la discusión sobre acciones afirmativas al defender que no basta garantizar la igualdad en el punto de partida sino que hace falta garantizarla también en el punto de llegada. En este sentido afirma:

la población capacitada para desempeñar cargos de alta responsabilidad política, se encuentra (desde hace ya un buen tiempo) equitativamente distribuida entre hombres y mujeres y que incluso la balanza se inclina cada vez más a favor de las últimas. Si a pesar de existir hoy igualdad en el punto de partida la situación en el punto de llegada sigue siendo inequitativa, es porque no son los méritos o no son solo ellos los que determinan que las más altas responsabilidades del Estado estén mayoritariamente en manos de hombres.

Al analizar la cuota del 30% fijada por la Ley Estatutaria para la participación de la mujer en los cargos de máximo nivel decisorio y de otros niveles decisorios, la CCC echa mano de una herramienta de interpretación constitucional como es el llamado juicio de proporcionalidad para establecer si la diferencia en el trato es o no constitucional.

A continuación resumo los principales argumentos desarrollados en la aplicación del juicio de proporcionalidad:

- a) Se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución.

La finalidad de esta ley es aumentar en un tiempo corto la participación de las mujeres en cargos directivos y de decisión del Estado hasta llegar a una representación equitativa, corrigiendo el sistema de selección para estos cargos que continúa parcializado en detrimento de la población femenina. Esta finalidad se encuentra plenamente sustentada en varios artículos de la CPC.¹¹¹

- b) El trato diferenciado es adecuado para lograr la finalidad perseguida.

La cuota de por lo menos un 30% logrará que, al menos, este porcentaje ocupe cargos directivos y de decisión en el Estado; por lo mismo, es una medida adecuada.

- c) El medio utilizado es necesario.

Para responder esta pregunta, la CCC retoma los principales reparos manifestados en contra de esta medida y emite sus criterios al respecto.

Frente al argumento de que lo equitativo sería una cuota del 50%, la CCC señala que el 30% es el tope mínimo y que, por lo mismo, no obsta a que el

111. Art. 1, 2, 13, 40 y 43 de la CPC. Ver anexo 2.

porcentaje pueda ser mayor. Adicionalmente sostiene que, de acuerdo con las Naciones Unidas, este porcentaje permite generar una *masa crítica* que propiciaría contrarrestar la discriminación contra la mujer en la participación política, y, de esta manera, Colombia daría cumplimiento al porcentaje del 30% que se comprometió a nivel internacional.

Con relación al argumento de que la cuota se dirige a eliminar únicamente la subrepresentación de mujeres pero no ataca las causas de este fenómeno, la CCC resalta que este tipo de medidas contrarrestan la “invisibilidad” de las mujeres y la creencia patriarcal de que el lugar de las mujeres es la esfera privada y, por lo mismo, tiene un efecto simbólico importante al evidenciar que la equidad de género es un asunto que atañe a la esfera pública. De otra parte plantea que se abriría la posibilidad de políticas públicas que favorezcan a todas las mujeres y no solo a las mujeres mejor situadas que acceden a los centros de poder.

La CCC desarma el argumento de que, en lugar de las cuotas, se debe mejorar la educación y capacitación a la mujer. En efecto, demuestra que en Colombia el porcentaje de mujeres egresadas de instituciones de educación superior es superior al de hombres y que, sin embargo, su representación en los cargos decisorios es significativamente menor. Retoma el argumento de Naciones Unidas según el cual al ritmo actual de participación de mujeres en funciones públicas decisorias se alcanzaría la paridad en 400 años. En este contexto, establece que al momento no se conoce otra medida tan eficaz como la cuota y que en la práctica no resulta tan onerosa en cuanto sacrificio de otros principios constitucionales.

d) El trato diferenciado es proporcional.

La CCC desbarata la aseveración de que la medida viola el derecho a la igualdad y el trabajo de los hombres, haciendo la siguiente pregunta: ¿La mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien implica una desventaja para quien lo ha ostentado? Hace un parangón entre la abolición de la esclavitud y el reclamo de quienes ejercían propiedad sobre los esclavos. Adicionalmente señala que la cuota no es en absoluto desproporcionada como hubiese sido, por ejemplo, contemplar un porcentaje del 80% de mujeres. Además plantea que ocupar cargos de libre remoción no es un derecho adquirido, es una expectativa, por tanto no hay carga excesiva impuesta a los hombres.

Con relación al argumento de que la cuota termina por discriminar a las mujeres, pues sugiere que son inferiores o discapacitadas y que por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad, la CCC sostiene que parte de la idea de que las mujeres tienen igual capacidad

para desempeñarse en cargos de responsabilidad pero ve necesaria la intervención del Estado para remover obstáculos históricos que impiden dicho acceso.

Concluye la CCC que la cuota del 30% para la participación de mujeres en cargos de decisión es razonable y proporcionada.

Otro ejemplo de acción afirmativa lo encontramos en el siguiente caso en que se presenta una acción de inconstitucionalidad ante la CCC¹¹² alegando que la expresión “la mujer”, en la siguiente norma, viola el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres:

Corresponde al municipio: 5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley.¹¹³

La CCC declara exequible la norma alegando que la mujer goza de una especial protección constitucional y que, para materializarla, el Estado puede tomar medidas de acción afirmativa. Para la Corte, “la norma acusada denota en su contenido normativo una acción afirmativa en cabeza de los municipios y a favor de grupos de especial protección constitucional como los niños, las personas de la tercera edad, los discapacitados y las mujeres”:¹¹⁴

La situación del género femenino en Colombia no es una en la que se pueda predicar de manera cierta la igualdad material de los géneros, por lo que se encuentra justificado, para realizar dicha igualdad, que el legislador, como ocurre en la disposición demandada tome medidas de acción afirmativa en favor de éste grupo. Puede afirmarse entonces, que la disposición jurídica acusada no es una norma que excluya de entrada y de manera inmediata al hombre. Simplemente, el artículo demandado otorga una prelación en cabeza de los municipios y a favor de la mujer, para satisfacer sus necesidades insatisfechas.¹¹⁵

112. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

113. Art. 3 de la Ley 136 de 1994.

114. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

115. *Ibid.*

Reconocimiento de la diferencia para brindar protección especial

En algunas ocasiones el reconocimiento de la diferencia es relevante para reforzar la protección de aquellas personas o grupos de personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad en razón de edad, discapacidad, experiencia traumática, situación socioeconómica, etc. En tales casos, desconocer la diferencia tiene como resultado su exclusión y discriminación; por lo mismo, lo que se busca es una lectura de los derechos humanos en clave diferencial.

En el siguiente caso¹¹⁶ se demanda ante la CCC la inconstitucionalidad de varios artículos de una ley¹¹⁷ que establece apoyos especiales a la mujer cabeza de familia. El accionante alega que las normas, al excluir a los hombres que son cabeza de familia, los discrimina al igual que a las personas que se encuentran bajo su dependencia.

La CCC declara exequibles las normas demandadas en las que se otorga beneficios directos a la mujer cabeza de familia desestimando que sean discriminatorios contra los hombres y, de otra parte, declara exequibles otras normas demandadas en el entendido que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley. En este supuesto, la CCC basa su decisión en la especial protección constitucional a niños y niñas.

Veamos cómo define la norma a la mujer cabeza de familia, “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.¹¹⁸

En mi opinión es factible que un hombre cumpla con las condiciones que definen a la mujer cabeza de familia (aunque se trate de situaciones excepcionales). Retomando a Williams, considero importante que, en los casos en que un hombre asume los roles de género usualmente asignados a las mujeres (la crianza y cuidado de hijos e hijas por ejemplo), las normas que brindan un trato preferente deberían serles apli-

116. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C-964-03.

117. Art. 1-21 de la Ley 82 de 1993.

118. Art. 2 de la Ley 82 de 1993.

cables. Es decir que con la norma se proteja el rol social de cuidado más allá del sexo biológico.¹¹⁹

En este caso, la CCC reitera su línea jurisprudencial en el sentido que un hombre cabeza de familia no puede ser beneficiario de los apoyos especiales estipulados para la mujer cabeza de familia. Retoma lo desarrollado en sentencias anteriores para apuntalar su argumentación:

Con la categoría “mujer cabeza de familia” se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos, al tiempo que se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella.¹²⁰

Si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia. No sobra señalar que a la luz del principio de igualdad, soporte fundamental del concepto de Estado Social de Derecho, se impone una acción de las autoridades y de la sociedad que no ha de ser siempre neutra, y ello con el fin de lograr el equilibrio necesario en pro de un sistema más justo y equitativo, fundado en la dignidad humana. De esta forma, se espera, por el contrario, que se otorgue un trato especial a los grupos sociales que se hallan en condiciones reales de indefensión o de inferioridad.¹²¹

Veamos si este precedente varía de alguna manera en el siguiente caso,¹²² en el que varios hombres que se declaran cabeza de familia alegan que han sido discriminados por no hacerlos sujetos de la protección que se otorga a las madres cabezas de familia en cuanto a la prohibición de retirarlas de la función pública.

La CCC recurre a un análisis de los cambios más recientes que vive Colombia respecto a la conformación de las familias para contextualizar el estudio del caso concreto.

El fenómeno de los padres cabeza de familia, si bien no tiene la magnitud ni la dimensión del fenómeno de las mujeres cabeza de familia, sí existe y, cada día, va en aumento. Según

119. Joan Williams propone extender los privilegios tradicionales de las mujeres a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de aquellos privilegios del sexo (forma del cuerpo) al género (roles sociales). Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 84.

120. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184-03.

121. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-255-01.

122. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, SU 389-05.

la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia, el 61% de los niños vive con ambos padres. El 27% vive solamente con la madre, de los cuales el 23,3% tienen el padre vivo y el 3,7% restante no. El 2,7% de los niños vive solo con el padre, de los cuales tan solo el 0,3% tiene la madre muerta; en el 2,4% de los casos la madre está viva.¹²³ En la medida en que las mujeres han logrado ir superando los estereotipos y prejuicios, los hombres a su vez han comenzado a desempeñar nuevos roles, como por ejemplo, participar activamente en las labores que demanda la crianza de los hijos.¹²⁴

La CCC llega a las siguientes conclusiones:

las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados [...] el fundamento de la protección debe ser el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento.¹²⁵

Pasa luego la CCC a precisar quién será considerado padre cabeza de familia. De entrada sostiene que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, sino que además debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las siguientes situaciones:

- Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento;
- Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, esta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre;
- Que acredite la condición de padre cabeza de familia en declaración notariada.

123. Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Salud Sexual y Reproductiva en Colombia de Profamilia, Bogotá, octubre de 2000, p. 13, citado en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, SU 389-05.

124. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184-03.

125. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 389-05.

Como vemos, en este caso, la CCC mantiene la argumentación de que la protección especial de los niños y niñas, así como las personas con discapacidades, es la que fundamenta la extensión de la protección a hombres cabeza de familia. Sin embargo, me parece que avanza en dar cuenta de los cambios, todavía incipientes, en los roles familiares de cuidado a la infancia.

En otro caso de tutela presentado ante la CCC¹²⁶ una madre reclama la protección de los derechos de su hija sorda de 15 años a la salud, la vida digna, la igualdad y la integridad personal que alega han sido vulnerados por el hospital accionado al negarle la asignación de un intérprete en lenguaje de señas que le asista en todas las citas psicológicas programadas como posible víctima de abuso sexual. La CCC concede la tutela y ordena al hospital que provea de una persona que tenga dominio del lenguaje de señas para que asista a la menor en las citas de psicología.

La CCC afirma que las minorías discretas u ocultas (personas con limitaciones auditivas, en el habla, o en la visión) cuentan con una protección constitucional reforzada para el logro de su inclusión social que comprende: (i) la proscripción de medidas discriminatorias o excluyentes; (ii) la remoción de obstáculos y barreras de acceso a sus derechos de ciudadanía política, civil y social; (iii) las acciones afirmativas o de discriminación positiva, que les permitan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales; y (iv) las políticas de prevención, rehabilitación e integración social.¹²⁷

Asegura que:

El presente caso tiene tres condiciones de protección constitucional reforzada que no fueron tenidas en cuenta en los fallos de instancia: (i) que la protección solicitada recae sobre una menor cuyo derecho a la salud tiene carácter fundamental [...] (ii) que en la menor coexiste una condición de debilidad manifiesta derivada de su sordera profunda, y en su caso, el lenguaje por señas constituye lenguaje materno y de él depende la satisfacción de sus necesidades básicas de comunicación y expresión; (iii) que la atención médica que requiere la menor se deriva de un posible acto de abuso sexual.¹²⁸

Para la CCC los obstáculos que tiene la menor para utilizar el lenguaje de señas, y la exigencia de acudir a un lenguaje escrito que no le permite expresar adecuadamente sus necesidades como persona, constituyen una barrera de acceso a sus derechos como víctima y representan una forma indirecta de discriminación (–igualación

126. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-006/08.

127. *Ibid.*

128. *Ibid.*

con quienes no son iguales—) que le impide tener las garantías de que gozan los demás menores.

En el siguiente caso, el padre y la madre de tres hijos quienes padecen el síndrome de cromosoma X frágil asociado con retardo mental, interponen una acción de tutela¹²⁹ contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, por considerar violados sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, petición, derecho de los niños, y educación:

Sucede que, en aplicación de la política denominada “pico y placa”, la Alcaldía restringe la circulación de vehículos en los horarios de mayor congestión y, en el caso concreto, negó la solicitud de permiso especial de circulación. Los hijos de los accionantes asisten a un centro de educación especial en razón del síndrome que tienen. Dicho centro no cuenta con servicio de transporte, por lo cual los progenitores son quienes trasladan en su vehículo privado a sus hijos. Cabe resaltar que quienes tienen el síndrome de cromosoma X frágil no pueden ser transportados en medios de transporte masivos, pues no soportan los tumultos, entran en pánico y se vuelven agresivos; adicionalmente, el servicio de taxi les resulta muy costoso por la distancia que hay entre su hogar y el centro educativo.¹³⁰ La CCC decide aceptar la tutela a base de los siguientes argumentos:

La igualdad ante la ley, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no implica uniformidad en la regulación de situaciones esencialmente distintas. Por el contrario, exige ponderación de los hechos sobre los cuales recae una solución jurídica determinada para ajustarla de manera equitativa y razonable. [...] La discriminación hace referencia a la conducta o trato, dirigido a restringir derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable o, a *la omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho ciertos grupos de personas, privándolas de los beneficios, ventajas y oportunidades*. [...] para establecer si ha existido una violación del derecho a la igualdad por omisión de trato favorable a las personas discapacitadas, es necesario verificar: primero, que se haya producido un acto —jurídico o de hecho— u omisión; segundo, que se presente una restricción injustificada o una carga desproporcionada sobre los derechos, libertades u oportunidades de los discapacitados; y tercero, que exista conexidad directa entre el acto positivo u omisivo y la afectación de los derechos fundamentales de estas personas.¹³¹ (la cursiva me pertenece)

129. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

130. *Ibid.*

131. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 1995.

La CCC concluye que todos esos elementos exigidos por la jurisprudencia constitucional se cumplen en el caso bajo estudio, por lo que se constata una discriminación por omisión de trato favorable.

Adicionalmente,

la Corte considera que para el presente caso se justifica un trato diferenciado por parte de la Administración en lo concerniente a la situación particular de los aquí afectados, quienes por su condición mental y física les es imposible llevar una vida normal al igual que sus conciudadanos. Por tal razón la accionada debió de haber otorgado la correspondiente autorización para circular durante el horario de restricción a la familia...¹³²

En todos los casos analizados dentro de este bloque, encontramos en mayor o menor medida un reconocimiento de la diferencia que se traduce en la defensa de la autonomía de los pueblos indígenas, el reconocimiento de derechos específicos a titulares colectivos, la consideración de situaciones de desigualdad real basadas en discriminaciones históricas. Así también apreciamos respuestas estatales para transformar la desigualdad real constatada a través de acciones afirmativas de carácter temporal o mediante mecanismos de protección especial y reforzada a ciertos grupos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad en razón de características propias sumadas al contexto social discriminatorio.

LA INCAPACIDAD DE RECONOCER LA DIFERENCIA SIN “NORMALIZARLA”

¿Qué pasa cuando el Derecho está concebido a partir de una matriz binaria en la que no caben otras existencias no clasificables, ya sea como hombres o mujeres? ¿Qué sucede cuando la realidad muestra existencias que no caben en ese molde binario? ¿Cómo responde el Derecho frente a las identidades sexuales ambiguas?

Me parece que el caso de personas intersexuales y el ejercicio de sus derechos es un desafío enorme, más aún cuando la misma estructura binaria de género es naturalizada y cualquier existencia que desborda tal dicotomía fija es vista como anormal.

Muy pertinentes resultan aquí las palabras de Butler: “¿en quién puedo convertirme en un mundo donde los significados y los límites del sujeto están definidos para mí de antemano? ¿Qué normas me constriñen cuando empiezo a preguntarme en qué me puedo convertir? ¿Y qué pasa cuando empiezo a convertirme en alguien para el que no hay espacio dentro de un régimen de verdad dado?”¹³³

132. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

133. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 90.

La siguiente sentencia de la CCC¹³⁴ trata el caso de un niño de 8 años de edad que al nacer le fue asignado el sexo masculino. Posteriormente y a través de diversos exámenes que fueron realizados durante varios años se le diagnosticó *pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema*. Su conformación genética corresponde a XX (mujer), tiene órganos femeninos internos (útero y ovario derecho), agrandamiento progresivo de pene, carece de testículos y presenta una marcada tendencia social, cultural y psicológica hacia el sexo masculino.

Los padres del niño solicitan que se ordene la cirugía de asignación de sexo masculino, afirmando que la negación de la misma viola el derecho a la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y los derechos fundamentales de los niños. Piden se autorice el consentimiento sustituto.

La CCC da cuenta de sentencias anteriores¹³⁵ para explicar las diversas formas de consentimiento para el caso de cirugías altamente invasivas (como sería la de asignación de sexo) y los requisitos necesarios para que tal consentimiento sea constitucional.

Distingue el *consentimiento sustituto* que, en el caso de niños y niñas menores de cinco años, es asumido por los progenitores siempre que se tomen en cuenta los siguientes elementos: (i) urgencia del tratamiento; (ii) grado de afectación de la autonomía actual y futura del niño; (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica, (iv) la edad y madurez del niño. En el caso de mayores de cinco años la CCC reconoce el *consentimiento informado* que requiere: (i) que se suministre información necesaria al paciente sobre riesgos y beneficios de la intervención para que cuente con todos los elementos de juicio para poder aceptar o rehusar un tratamiento; (ii) que se brinde información de manera persistente durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio; (iii) que sea cualificado es decir se exprese por escrito cuando el riesgo del tratamiento y las condiciones del paciente así lo exijan. En este caso la decisión es del niño o niña. Y es precisamente a partir del caso que estamos analizando que la CCC crea una tercera forma denominada *consentimiento asistido* que incluye los siguientes requisitos: (i) que exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor; (ii) que la identidad de género del menor se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente; (iii) que se asegure acompañamiento de un equipo interdisciplinario de profesionales para salvaguardar el consentimiento asistido. En este tipo de consentimiento deben coincidir el consentimiento expreso de los progenitores, la expresa voluntad del niño y la asesoría profesional. En caso contrario, no se puede practicar la intervención quirúrgica.

134. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, T-1025/02.

135. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU 337-99; T-477-95; T-551-99; T-692-99 y T-1390-00.

Señala la CCC:

negarle a un menor la identificación de su género o aplazar de manera indeterminada la asignación de su sexo hasta la pubertad, contraviene los atributos estimativo y temporal del ser, reflejo de su propia autonomía y libertad, y que le garantizan a éste un espacio dentro de la comunidad para la proyección de su personalidad y la constitución de su propio plan de vida.

Por otra parte, someter al menor por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y al traumatismo psicológico derivado de su estado patológico, sería desconocer el alcance que tiene el derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución), que comprende no solo el cuidado o la atención física del paciente sino también la salvaguarda de su salud síquica. Por esta razón, el *bienestar sicofísico* del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género.

En efecto, no sería justo ni correcto aplazar una operación cuya decisión de género es previsible, hasta que sea el propio menor quien la apruebe con un mayor grado de conciencia, cuando los padres en ejercicio de su derecho natural de cuidado, crianza y formación pueden asistir a sus hijos para el perfeccionamiento y manifestación de su voluntad. Por lo tanto, en estos casos, el goce y la protección de los derechos fundamentales de los menores no puede limitarse a la sola capacidad del individuo para la toma de decisiones vitales ya que, entonces, la protección especial que ordenan la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos de los niños resultaría vacua e inoperante.¹³⁶

En mi criterio resulta convincente el argumento de la CCC por cuanto, en este caso, el niño se identifica como varón y, por lo mismo, en su expresión de voluntad de ser reconocido como varón está en juego el ejercicio de su derecho a la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, en suma, su derecho a la identidad.

Sin embargo no deja de llamarme la atención la patologización de las personas intersexuales tanto desde el discurso médico como desde el discurso jurídico así como el temor frente a la ambigüedad y la indeterminación:

si la identificación sexual se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto por constituir un importante elemento de su identidad. En casos de ‘estados intersexuales’ o ‘hermafroditismo’ no puede prescindirse, desconocerse o abstenerse de permitir la consolidación del sexo o género del paciente, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad ya que, dejar a la persona en una estado sexual de indeterminación, conlleva al desconocimiento de su libertad de autoproyectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de

136. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1025-02.

hombre temporal y estimativo. [...] es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados “intersexuales” o “hermafroditismo” no solo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona.¹³⁷

Creo que al analizar con más detenimiento estas afirmaciones podemos ratificar que en la sentencia subyace una concepción dominante de un sexo/género binario (hombre o mujer), la intersexualidad es vista como una patología, un estado de indeterminación y ambigüedad que debe ser superado. No dudo de que las personas intersexuales, sus padres, madres y familiares seguramente habrán constatado que la vida resulta más difícil de ser vivida cuando una persona no encasilla en las dos posibilidades legitimadas, aceptadas y reconocidas de identidad sexual y de género. ¿Pero será que la única respuesta frente a esta diferencia sea la definición por una de las dos opciones socialmente legitimadas?

Lo que más cuestionamientos me plantea es que se sostenga que la *indeterminación sexual* resultaría en la negación de la condición de ser humano temporal y estimativo. ¿Desde este razonamiento las personas intersexuales que rechazan cualquier tipo de intervención en su cuerpo, que se mantienen tal cual como intersexuales, pierden su condición humana? En otras palabras, ¿es que las personas requieren pasar por un proceso de “normalización” para ser efectivamente reconocidas como humanas y, por consiguiente, como sujetos de derechos humanos?

En todo caso, de cara a este debate, no puedo dejar de recordar las palabras de Butler:

La justicia no es solo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro.¹³⁸

Y se me viene a la mente la película *XXY* que suelo proyectar en las clases de Género y derechos humanos cuando tratamos el tema de la intersexualidad. La película nos acerca a la historia de Alex un/a adolescente intersexual y los conflictos que se generan alrededor de su identidad. En uno de los diálogos que mantiene con Álvaro, un chico adolescente de quien Alex se enamora, podemos evidenciar otras maneras de entender la propia identidad.

137. *Ibid.*

138. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 90.

Álvaro: ¿Qué sos vos?

Alex: Soy las dos cosas.

Álvaro: Eso no puede ser.

Alex: Vos no me vas a decir lo que puedo ser o no ser.¹³⁹

Y si es que efectivamente las personas intersexuales ya son y existen, cabría preguntarnos si será posible “imaginar un mundo en el cual los individuos con atributo genitales mixtos puedan ser aceptados y amados sin tener que transformarlos en una versión socialmente más coherente o más normativa del género”.¹⁴⁰

El caso analizado en este bloque ilustra los límites del Derecho frente a la diferencia que no calza en la matriz de comprensión y de inteligibilidad. No es solo que el estado intersexual se considere inferior sino que, de entrada, se descarta la posibilidad de una existencia atravesada por la ambigüedad sexual. La necesidad de definición por una de las dos alternativas (hombre o mujer) es la única respuesta jurídica ya sea inmediata o a futuro. ¿No será esta una evidencia de que la respuesta frente a lo que no alcanzamos a comprender con las categorías que tenemos a mano es la negación de su existencia en lugar del cuestionamiento a nuestras herramientas de análisis?

CONCLUSIONES

Recapitulando, creo que es fundamental reiterar que la motivación central de esta investigación ha sido la preocupación compartida con Guerrero de que el problema contemporáneo más acuciante es la colonialidad de la alteridad, esa enorme dificultad de relacionarnos con la diferencia, cualquiera que esta sea, y de construir formas de convivencia que superen las visiones dominantes basadas en las jerarquizaciones.

Es precisamente para resaltar dicha dificultad que de manera intencional he incluido en el título de este artículo el verbo lidiar (con la diferencia), pues su significado nos remite a la idea de batallar y enfrentar aquello que nos pone en aprietos, aquello que nos causa molestia o que sentimos como amenaza, aquella *insoportable diferencia del otro*.

El derecho también es interpelado por las diferencias, pues su propósito de regular de manera general las relaciones sociales se ve desafiado cotidianamente por la complejidad y diversidad de nuestras sociedades. Esto es posible constatar en los casos concretos que llegan a ser juzgados por los diversos tribunales. Y es tomando

139. Lucía Puenzo, *XXY*, Argentina/España/Francia, 2007.

140. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 99.

en cuenta este elemento que la fuente principal de esta investigación han sido sentencias emitidas por las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, a través de cuya revisión he ensayado respuestas a la pregunta ¿cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

En síntesis, he ubicado tres maneras de lidiar con la diferencia; la primera en la que se refleja la crítica a diferencias que inferiorizan y que por lo mismo son consideradas discriminatorias, si bien en algunos casos esa crítica se queda a medio camino, al reconocer derechos a medias a grupos históricamente excluidos. La segunda respuesta evidencia en mayor o menor grado formas de reconocimiento de la diferencia ya sea de cosmovisiones, de situaciones de desigualdad que requieren la intervención estatal para ser superadas o de características específicas que al ser ignoradas en lugar de protegidas acarrear el desconocimiento de derechos humanos. La tercera respuesta es la que quizá nos deja mayores interrogantes y se refiere a la incapacidad de afrontar la diferencia sin sucumbir a la tentación de “normalizarla”.

En cada sentencia encontramos una disputa para dar sentido y significado a los derechos que están en juego en el caso concreto. Jueces y juezas intentan convencernos de que su argumentación es la más idónea y lo hacen por lo general desde el discurso jurídico aceptado que es el de la neutralidad, la objetividad y la racionalidad. Ahora bien, su argumentación no puede desprenderse de su manera de ver, estar y ser en el mundo. Algunas sentencias analizadas dejan ver de manera más clara este trasfondo; obviamente la disputa de sentidos y el posicionamiento ideológico resulta mucho más evidente cuando encontramos votos disidentes.

Reconocer la “no neutralidad” de jueces y juezas no quiere decir dar vía libre a la arbitrariedad en las decisiones judiciales sino simplemente dejar de engañarnos con un discurso que apenas enfrenta un acercamiento más práctico muestra todas sus fisuras e inconsistencias.

En mi criterio, el Derecho puede ser tanto un instrumento de dominación y legitimación de las jerarquizaciones sociales como una herramienta limitada de transformación social, pero, además, tal como nos muestran experiencias recientes desde la diversidad sexual en Ecuador, el Derecho también puede ser usado precisamente para develar sus límites, sus rigideces, sus estrecheces.

BIBLIOGRAFÍA

- Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- Butler, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006.
- Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, *Recomendación General No. 25*.
- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- Guerrero, Patricio, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida. Nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser*, Asunción, FONDEC, 2007.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Kennedy, Duncan, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por César Rodríguez, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, Bogotá, Siglo de Hombres, Editores/Uniandes/Instituto Pensar, 1999.
- McDowell, Linda, “La definición del género”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Olsen, Frances, “El sexo del Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval, comps., *Globalización y diversidad cultural*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004.
- Salgado, Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2008.

- “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, 2008.
 - “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador” en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
 - “Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, eds., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Vaggione, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, eds., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, t. II, Bogotá, Siglo de Hombres, American University Washington Collage of Law/Center of Reproductive Rights, 2008, pp. 13-87.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2002.

Normativa

Constitución de Política de la República de Colombia.

Constitución Política del Ecuador (1998).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Internet

[www.corteconstitucional.gov.com].

[www.proyecto-transgenero.com].

[<http://www.youtube.com/watch?v=NetE7USzdXo>].

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2010

Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2011

La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares*

*Richard González Dávila**

RESUMEN

El presente trabajo aborda los efectos que tienen los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. La doctrina ha distinguido en este campo entre el efecto inmediato, el efecto mediato y el deber de protección de los derechos constitucionales, este último que incluso se encuentra presente dentro del compromiso internacional adquirido por el Estado ecuatoriano a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos. Además, se revisan algunos fallos constitucionales dictados por nuestro ex Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional de Colombia en este ámbito, que nos muestran una vista panorámica de la irradiación de los derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización del derecho privado, irradiación de los derechos, efecto frente a terceros, efecto horizontal, deber de protección.

SUMMARY

This work addresses the effects that constitutional rights have in the relationships between individuals. In this area, the law has distinguished among immediate effects, mediate effects and the duty to protect constitutional rights, being the latter one present even within the international commitment made by the Ecuadorian government through the signing of international human rights treaties. Besides, some constitutional resolutions approved in this field by our former Constitutional Tribunal and Colombia's Constitutional Court are revised, showing us a panoramic view of the constitutional rights diffusion.

KEY WORDS: constitutionalization of the private law, rights diffusion, effect against third parties, horizontal effect, duty of protection.

FORO

* Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

*No importa que el individuo sea libre en el Estado
si después no es libre en la sociedad.
No importa que el Estado sea constitucional
si la sociedad subyacente es despótica.
No importa que el individuo sea libre políticamente
si después no es libre socialmente.
La falta de libertad más profunda es la que procede de
la sumisión al aparato productivo y a las organizaciones del
consenso y del disenso que la sociedad de masas
inevitablemente genera en su seno.¹*

N. Bobbio

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales y su eficacia es un producto histórico cuyo desarrollo podemos observar desde dos distintas visiones políticas: 1. El constitucionalismo liberal o libertario que concibe a los derechos fundamentales como frenos a la arbitrariedad estatal, pues estos son solamente efectivos en las relaciones verticales Estado-ciudadano, privilegiando la autonomía privada y libertad contractual; y 2. El constitucionalismo social o igualitario que concibe a los derechos fundamentales como frenos al poder, tanto estatal como privado, es decir, tienen efecto vertical y horizontal –particular vs. particular–, y buscan que en estas relaciones prevalezca la igualdad real o sustancial por sobre la igualdad formal.

EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL O LIBERTARIO

En razón de que el hombre en el estado de naturaleza puede ser capaz de imponerse por la fuerza a la clase más débil –ley del más fuerte–, haciendo prevalecer el ejercicio de su libertad y restringiendo la de los vencidos; surge el contrato social, convención hipotética mediante la cual todos los habitantes de una nación ceden al Estado –con el objetivo de resguardar sus derechos naturales– un poco de su libertad por su seguridad.

Así, con la Revolución francesa de 1789 nace el Estado con funciones de policía para proteger la libertad y la propiedad, amparado en el principio de igualdad formal ante la ley, que implica que todos, incluidos los gobernantes, deben ser obligados a acatarla. Al efecto, se dota al Estado de poder punitivo y se crean los tribunales de justicia que tendrán como fuentes el Código Civil y Penal para resolver todo con-

1. Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 25.

flicto proveniente entre particulares y proteger los contratos y la propiedad. Mas, en virtud del temor a que el autoritarismo del poder absoluto experimentado en el *Ancien Régime*, contra el que se rebelaron por concentrador de la propiedad y opresor de la libertad, pudiera reencarnarse en el Estado, se estableció la división de poderes y a estos se les puso un freno, los derechos fundamentales, que nacen como un medio de defensa ante los posibles abusos que pudieran los poderes públicos proferir a los ciudadanos.²

Entonces, el Estado-policía, a través de las decisiones de la función judicial, tiene solamente que vigilar que las obligaciones que se contraigan entre los particulares, que son ley para estos, se cumplan, pues el juez, al ser “boca de la ley”,³ no puede revisar lo pactado entre las partes, ya que lo estipulado en los contratos es fruto de la voluntad-libertad de cada una de ellas, habida cuenta que se encuentran en igualdad de condiciones en el momento de contraer obligaciones, ambos gozan de la misma capacidad jurídica para obligarse, y todos, en virtud de la igualdad formal, son iguales ante la ley y están obligados a cumplirla –*justicia conmutativa*–.⁴

De esta manera, se concibe los derechos fundamentales bajo una perspectiva netamente individual, como intereses que se encuentran jurídicamente reconocidos a cada sujeto, intereses que el Estado se encuentra en el deber de ayudar a su realización, cuando se pretenda alcanzar únicamente un objetivo permitido y útil para todos y el interesado así lo requiera expresamente.⁵

El Estado debe ser mínimo para evitar que interfiera en las libertades de los individuos que se desarrollan en sociedad. El mercado se vuelve el mejor lugar donde se

2. Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en Ramiro Ávila, edit., *Neonstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 22, 23 y 24.

3. El juez fue concebido por Montesquieu como un simple aplicador mecánico de la ley, pues, al ser el legislador el representante del pueblo soberano, no se podía concebir que se discutiera su validez. Por tanto, el juez no podía tener funciones valorativas respecto de esta al momento de aplicarlas.

4. Este tipo de justicia es la que se aplica generalmente en materia contractual, en donde no se tiene en cuenta la condición de los contratantes, pues se parte del principio de que estos, al momento de contraer obligaciones, se encuentran en igualdad de condiciones. Labourdette, por su parte, la define como “aquella situación en la cual buscamos producir o restablecer un equilibrio, una equivalencia objetiva, en las relaciones entre dos particulares que, desde este preciso punto de vista, actúan de igual a igual”. Labourdette O. P., *Les Versus Morales* (pro manuscrito, *ad usum* de los alumnos), p. 40. Maritain Jacques, *La persona humana y el bien común*, Buenos Aires, 1968, citado por Gonzalo Sánchez en “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”, en internet: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo_790_1102/rev28_sanchez.pdf], acceso: 07-11-2010.

5. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 37-38. Jellinek, citado por este autor, define el derecho subjetivo como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o un interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”.

pueden ejercer dichas libertades, dado que aquel se regula solo, sin hacer falta la intervención estatal, puesto que en este, conforme lo indicara Adam Smith, está presente la “mano invisible” –que es una suerte de autorregulación que descansa en la creencia de que cualquier persona que persigue un interés personal, contribuye inconscientemente a la consecución del bien común–.⁶

Así, en el constitucionalismo libertario, el Estado deja que se desarrollen libres la autonomía privada y la libertad contractual que son afianzadas por la seguridad jurídica.

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL O IGUALITARIO

La libertad a la que fue dejada el mercado y la crisis de la “mano invisible” fue creando grupos excluidos, que, a lo largo de la historia, mediante feroces luchas, lograron obtener su propia legislación con la cual reivindicar sus derechos –leyes de trabajadores, inquilinos, consumidores, menores y adolescentes, mujeres, discapacitados, indígenas, negros, grupos GLBT, etc.–;⁷ procesos históricos que, al ir expandiendo la libertad de estos grupos a través del reconocimiento de sus derechos, menoscabaron paulatinamente el reinado normativo del Código Civil, pues este fue diseñado para aplicar una justicia conmutativa y no distributiva, como la que se requiere ante el reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran estos grupos excluidos.

Estos triunfos fundamentales se fueron recogiendo en las constituciones que, luego de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 dictada a raíz de la debacle humanitaria y de la evidente crisis de la ley como fuente reina del derecho, se convirtieron de meros programas políticos en normas jurídicas, desplazando a la ley y colocándose por encima de esta. Como indica Bobbio, “la conquista de una libertad concreta por parte de un individuo o de un grupo se resuelve siempre en una falta de libertad de otros: la libertad de la tortura implica la no-libertad de los torturadores, así como la libertad de la explotación implica la no-libertad de los explotadores”.⁸

Empieza un proceso de constitucionalización o publicación del derecho privado en donde las fuentes de las obligaciones ya no son solamente la ley, el contrato, el cuasicontrato, los delitos y los cuasidelitos⁹ sino también la Constitución.

6. Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, p. 25.

7. Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado”, en *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 42-44.

8. Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, p. 131.

9. Estas son las fuentes de las obligaciones previstas en el art. 1453 de nuestro Código Civil.

Pero, ¿qué es la constitucionalización del derecho privado?

Para efectos de la presente investigación la definiremos como el proceso de modificación que sufren las relaciones entre particulares como consecuencia del deber de observancia de los derechos constitucionales por sobre las normas legales que van en contra de los mismos, quedando autorizada la intervención del juez constitucional, como garante del respeto de los derechos, a fin de asegurar su vigencia en caso de ser inobservados.

Pero, ¿por qué se vuelve tan necesario e importante el proceso de constitucionalización del derecho privado?

Al respecto, Ferrajoli indica que en la actualidad, para los poderes privados generados en razón de la fuerza dominante que les da la acumulación del capital en el mercado, también es válida la tesis de Montesquieu que dice que el poder, a falta de límites, tiende a acumularse en formas absolutas, generando desigualdad, disparidad, serialización, disciplina y relaciones de sujeción, traduciéndose dicha desigualdad en relaciones asimétricas de poder/deber.¹⁰

Por lo tanto, se vuelve necesario reconocer que la sociedad civil, que es la esfera del derecho privado, es una sociedad natural en donde se engendran poderes, siendo imprescindible rehabilitar el originario paradigma hobbesiano y lockeano que vio la necesidad de ceder un poco de libertad a cambio de seguridad para que fuera el Estado de derechos el que fuera orden en el estado de naturaleza y salvaguarde los derechos fundamentales. Así, la minimización de estos poderes privados, como lo es la minimización de los poderes públicos, equivale a la maximización de la libertad y, consiguientemente, de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de Derecho.¹¹

En tal medida, estos poderes que se gestan en el estado de naturaleza –los consorcios, asociaciones de profesionales, grandes empresas–, que incluso llegan a ser más fuertes que los propios estados, como por ejemplo las transnacionales, deben ser controlados, tornándose necesaria la constitucionalización del derecho privado que implica poner freno al poder que detentan los particulares y entrar a controlar y vigilar ciertos espacios “de la vida privada” que antes era intocable,¹² quedando este

10. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, p. 299.

11. *Ibid.*, p. 302.

12. *Ibid.*, p. 301. Emilio García, citado por Ferrajoli, indica que en Estados Unidos, en 1875, la única forma de que una niña pudiera ser sustraída del maltrato de sus padres fue recurriendo a la normatividad que sobre la protección de animales existía en la época. Hoy, a diferencia del ejemplo indicado, existe una normatividad específica para proteger a los niños del maltrato de sus padres. De esto resulta que el concepto de lo privado y, por ende, de lo intocable ha ido variando conforme a las luchas históricas producidas en la sociedad, cuyos resultados se han ido expresando mediante leyes. Por esta razón, en la actualidad, frases como: “yo decido cómo

sometido a los derechos, pues, como indica Carpintero, “en la vida real no nos relacionamos unos con otros directamente, en tanto que individuos independientes y libres; al contrario, entre uno y otro hombre se interpone una situación vital concreta en virtud de la cual unas personas quedan sometidas a otras”.¹³

Como consecuencia de esto, en la actualidad se vuelve imposible, en abstracto, establecer claramente una línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado, pues la justicia se concretiza y el reinado de la seguridad jurídica propia del paradigma libertario se relativiza, ya que la inseguridad de unos pocos puede significar la inseguridad de la mayoría de la población excluida,¹⁴ prevaleciendo la igualdad sustancial por sobre la libertad, tambaleando la estructura del Estado liberal. En tal sentido, conforme indica Forsthoff citado por Pedro de la Vega, “el Estado social de derecho no podría presentarse entonces como la continuación histórica del Estado liberal, sino como su negación”.¹⁵

Justificada la necesidad del control del poder privado en manos de los particulares, a continuación buscaremos responder a la pregunta: ¿qué tipo de efectos causan los derechos constitucionales sobre el derecho privado y en qué principios se sustentan tales efectos que la doctrina ha denominado *drittwirkung*?¹⁶

debo castigar a mis hijos”, frecuentemente pronunciadas por los “jefes de familia”, encuentran como límites los derechos de los niños, pues no podría admitirse que los padres impongan ningún tipo de castigo cruel a sus hijos.

13. Tomas de Domingo, “El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del derecho”, internet: [<http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>], acceso: 21-09-2010.
14. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, p. 421.
15. Pedro de Vega García, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la *Drittwirkung* der Grundrechte”, internet: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/685/19.pdf>], acceso: 15.09.2010]. Al respecto, el autor advierte que al intentar en las Constituciones compatibilizar los postulados del Estado social, esto es, los del derecho constitucional de garantía, con los del Estado Liberal, los primeros quedan reducidos a meras declaraciones retóricas. Entonces, “el Estado social no aparece entonces como la negación histórica del Estado liberal, sino al contrario, como un concepto perfectamente inútil –como dijo Gianini– que para lo único que serviría, como fórmula banal, sería para ocultar la *mauvaise conscience* de un derecho constitucional en el que cada vez la contradicción entre lo quiere ser y lo que realmente es, aparece más evidente”.
16. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, pp. 90-92. El término *drittwirkung* es un vocablo alemán traducido generalmente al castellano como <eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales>. Este es el término que más consenso ha tenido en la doctrina para referirse a esta temática.

EL EFECTO DIRECTO O INMEDIATO

Conforme lo señalan la mayoría de tratadistas, el inicio de este efecto de los derechos fundamentales frente a terceros comienza en Alemania en 1950 con Hans Nipperdey, quien publicó un trabajo sobre “igual salario de la mujer para igual prestación”, en el cual sostenía que los derechos fundamentales vinculan de manera directa las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que, al dársele al trabajo de la mujer menos salario que al de un hombre, por la misma prestación, se estaba vulnerando el principio de igualdad.¹⁷

El 15 de enero de 1955 el Tribunal Federal Laboral acogió esta tesis y declaró nulas todas las prescripciones legales que infringían un trato discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres. Lo propio sucedió en 1957 cuando el mismo Tribunal declaró que el despido que se amparó en una cláusula contractual que preveía la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, si la dama empleada contrajese matrimonio, era nulo, por lesionar sus derechos a la protección del matrimonio y la familia, la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad.¹⁸

Pero Nipperdey también proclamaba que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico privado, pues, “el orden jurídico forma una unidad. Y todo derecho tan solamente rige en base y en marco a la Constitución”,¹⁹ lo que deroga, modifica, completa o crea disposiciones jurídico-privadas. Para él, la norma constitucional debe aplicarse sin límite en donde exista una relación vertical, esto es, de desigualdad, entre individuo y poder de grupo o individual. Esto como consecuencia del advenimiento del Estado social.

Sin embargo, señaló que, cuando se trate de relaciones entre particulares que se encuentren en una situación de igualdad jurídica y de una efectiva o casi completa igualdad fáctica, se suprime en principio la finalidad protectora de los derechos fundamentales y se da paso a la autonomía privada y la libertad contractual, lo cual, no significaba que, aun en estos casos, estas quedaran sujetas al sistema de valores constitucionales, por lo que, todo negocio jurídico que vaya en contra de la esencia de los

17. Neuman-Nipperdey-Scheuner, en “Die Würde des Menschen”, *La dignidad del hombre*, Berlín, 1954, vol. II, citado por Rafael Saraza Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008, pp. 92, 93.

18. Mijaíl Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, p. 3, en: [<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf>], acceso: 22-09-2010.

19. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 106.

principios constitucionales, era nulo,²⁰ dando paso a lo que se conoce como “protección frente a uno mismo”.²¹

Entonces, la autonomía privada y la libertad contractual no pueden prevalecer ante una situación de desigualdad fáctica vulneradora de derechos fundamentales, por lo que actuar de otro modo sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales. Sin embargo, Nipperdey reconocía que no todos los derechos fundamentales son oponibles a los particulares, pues hay algunos que solamente le competen al Estado y no tienen doble dimensión²² como, por ejemplo, el derecho a que el Estado desarrolle políticas públicas a favor de grupos vulnerables;²³ el derecho a que la ley establezca sanciones contra el trato inhumano y la discriminación²⁴ o el derecho a una educación pública gratuita.²⁵

EL EFECTO INDIRECTO O INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO

Esta corriente doctrinaria, conforme lo indicara Durig, prescribe que sí existe un efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero es indirecto, pues este pasa por el deber de protección de la dignidad humana y tutela de los derechos fundamentales que tiene a su cargo el Estado, quien, en razón de dicha protección, se encuentra obligado a “configurar un orden jurídico universal, de manera que hasta las fuerzas extraestatales les esté vedado violar la dignidad del hombre”.

Así, pues, los derechos fundamentales como valores objetivos vinculan al legislador y al juez en la medida en que dichos derechos originalmente fueron construi-

20. *Ibid.*, pp. 107, 108.

21. *Ibid.*, pp. 200-206. La protección frente a uno mismo es la protección que el Estado debe brindar ante la autolesión voluntaria de un derecho realizada mediante estipulaciones contractuales en donde, por ser la parte más débil de la relación, no ha podido reaccionar ante esta imposición de facto en vista de que su libertad negocial está visiblemente afectada por las circunstancias. Un ejemplo de lo expuesto se dio cuando un agente comercial se comprometió contractualmente a distribuir de manera exclusiva los productos de una empresa de bebidas. En razón de esto, en una de las cláusulas se estipuló que, una vez terminada la relación contractual, el agente no podría realizar actividades de distribución para ninguna otra empresa por el lapso de dos años, sin tener derecho a indemnización alguna. El agente no cumplió con el lapso estipulado por lo que fue demandado y condenado civilmente en primera y en segunda instancias, siendo absuelto de la misma por el Tribunal Constitucional Federal Alemán que declaró que dicha cláusula era contraria al derecho constitucional a la libertad de empresa del agente.

22. *Ibid.*, pp. 106-8.

23. Constitución, numeral 3 del art. 48.

24. *Ibid.*, numeral 7 del art. 48.

25. *Ibid.*, inciso último del art. 28.

dos para ser efectivos en las relaciones Estado-ciudadano. Por lo tanto, no serían los actos de los particulares los sujetos directamente a los derechos fundamentales, sino las normas de derecho privado elaboradas por el legislador y las decisiones judiciales que deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales en los litigios entre particulares, ya que los derechos fundamentales no pueden imponer a los individuos, en sus relaciones con los demás sujetos, un deber de acción u omisión correspondiente a la función judicial.²⁶

Entonces, a) al normar la vida privada, el legislador está en el deber de observar y legislar dentro del marco que le brinda la Constitución; y, b) los derechos fundamentales instaura un sistema de valores que tiene su origen en la dignidad humana, por lo que todos los ámbitos del Derecho, incluido el civil, no pueden interpretarse, por los jueces, en contradicción, sino en armonía con la Constitución.

Esta tesis fue adoptada en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en una acción constitucional de revisión²⁷ –caso Luth–. Él, en su calidad de presidente del Club de Prensa de Hamburgo, incitó a boicotear una película de Harlan, antiguo director de cine nazi, por considerar que las actividades desarrolladas por este en el Tercer Reich se escondían bajo el manto de esta producción cinematográfica. Los tribunales ordinarios aplicaron el art. 826 del Código Civil alemán y condenaron patrimonialmente a Luth por considerar que su conducta había sido contraria a las buenas costumbres.²⁸

Mas, el Tribunal Constitucional anuló dicha condena al considerar que a Luth se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, pues él se estaba ocupando de asuntos de interés público y no actuaba en beneficio propio, ya que no era competidor directo de Harlan, sino que, para él, se trataba de realizar un llamado a la conciencia pública;²⁹ por lo tanto, determinó que no existió ningún ilícito de orden civil ya que “por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita, si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, se tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta”.³⁰

26. Rafael Saraza Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008, p. 107.

27. Acción Extraordinaria de Protección en nuestro país.

28. Mijail Mendoza Escalante, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, p. 4.

29. UNED, *Aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales*, en: [www.uned.es/dpto.../aspectos%20introduccion%20historica.doc], p. 19, acceso: 23-09-2010.

30. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 516.

De ahí que, si esto no sucede, el juez en su fallo, no solo viola con ésta omisión “el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional”.³¹ Bajo esta concepción, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, es el ente encargado de vigilar y examinar que el juez de la jurisdicción ordinaria: a) no hubiere vulnerado por acción u omisión los derechos constitucionales de las partes al inobservar el debido proceso constitucional; b) interprete la normativa legal a la luz de los postulados constitucionales; y, c) no desacate infundadamente un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento vulnerando el principio de igualdad y seguridad jurídica.

EL DEBER DE PROTECCIÓN

Esta es una posición doctrinaria que entiende los derechos fundamentales como derechos de protección, esto es, el Estado no solamente se debe limitar a abstenerse de irrumpir en el ámbito esencialmente protegido del individuo –no hacer–, sino que también tiene a cargo de los poderes públicos, ya sea del legislador mediante la construcción de la ley o de los jueces mediante la aplicación directa o la interpretación conforme de la constitución, la obligación (hacer) de proteger al individuo de intrusiones de terceros en dicho ámbito esencial.³²

En este sentido, siguiendo a Canaris y Stern, Julio Estrada indica que el “deber de protección” no es más que una prolongación de la eficacia indirecta y aboga por reemplazar la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o *drittwirkung* por “el deber de protección”, “donde el juez no se conforme con interpretar los preceptos legales a la luz de los derechos fundamentales, sino que también utilice éstos últimos para llenar los vacíos y las lagunas de la ley, en fin que los emplee como instrumento de realización de la igualdad real entre los asociados”.³³

31. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 517.

32. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 138.

33. *Ibid.*, p. 207.

COMPLEMENTARIEDAD DE LA EFICACIA DIRECTA, INDIRECTA Y EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Al respecto, Alexy indica que los resultados de las figuras en estudio son equivalentes, pues en todos los casos se puede alcanzar los mismos resultados, por lo que, en última instancia, dicho resultado es una cuestión de ponderación,³⁴ ya que siempre va a existir una colisión de derechos, en razón de que ambas partes en conflicto son sujetos de derechos fundamentales. Entonces, “lo decisivo no es el resultado, sino la valoración con la que se le da contenido”,³⁵ puesto que, en muchos casos, pueden existir varias soluciones constitucionalmente posibles, debido a que el juez no solamente está sujeto a principios iusfundamentalmente materiales sino también a otras múltiples vinculaciones, tales como las que resultan del respeto de la ley dictada por el legislador democráticamente legitimado y de los precedentes.³⁶

En razón de esto, Alexy plantea no una distinción entre estos niveles –relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado (efecto inmediato), derechos frente al Estado (efecto mediato) y deberes del Estado (deber de protección)–, sino una complementación entre los mismos, en donde el juez civil estaría sujeto, *prima facie*, al derecho privado vigente, presente bajo la forma de leyes, precedentes o dogmática consensuada. Si sobre la base de principios iusfundamentales el juez quiere apartarse del derecho privado vigente, tendrá que asumir la carga de la prueba, esto es, demostrar mediante argumentación la inconformidad de este último con los primeros.³⁷

EFFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

A pesar de que los Estados, tras la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, son los únicos sujetos responsables por su incumplimiento ante el sistema internacional de protección de derechos, las normas previstas en estos tratados establecen derechos en donde un particular actúa en calidad de sujeto pasivo. Por

34. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525. Alexy indica que el procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca exactamente a una única solución.

35. *Ibid.*, pp. 514, 515.

36. *Ibid.*, pp. 519 y 520.

37. *Ibid.*, p. 523.

ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),³⁸ que establece derechos laborales como el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), evidencia de su sola lectura que este mandato no está dirigido solamente al Estado sino también los particulares, pues indica que, entre otras cosas, se debe asegurar un salario equitativo e igual entre hombres y mujeres por trabajo del mismo valor (lit. a-i), seguridad e higiene en el trabajo (lit. b), descanso, limitación razonable de horas de trabajo y vacaciones periódicas pagadas (lit. d).³⁹

La eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y deber de protección del Estado fue dibujado con nitidez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. 18/03, planteada por México en mayo de 2002 para contrarrestar los efectos que para todos los inmigrantes ilegales devenían de la decisión judicial adoptada en marzo de 2002 por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

En este fallo se consideró que un trabajador indocumentado, despedido por haber contribuido a formar un sindicato para mejorar las condiciones laborales, no tenía derecho al pago de salarios vencidos ni a una indemnización por la intempestividad del despido, porque la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la Ley de Inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.⁴⁰

Así, mediante esta decisión judicial, los migrantes ilegales fueron puestos en indefensión al ser vaciados de contenido sus derechos, y al conceder entera libertad-poder a los patronos para despedirlos y reportarlos a las autoridades si estos se quejaren contra él, reclamaren sus derechos o cuando este lo quisiere, provocando de este modo que los empleadores que respetan la ley se sintieran tentados a infringirla en razón de la desventaja económica que tendrían frente a los que inescrupulosamente explotaban a los trabajadores migrantes, a los cuales, en la práctica, incluso les estaba permitido, desde esta decisión, hasta no pagarles sus sueldos por ser indocumentados.⁴¹

La respuesta de la Corte Interamericana a la Opinión Consultiva planteada por México, respecto de la compatibilidad de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes ilegales y la obligación de los

38. La ratificación de este Tratado Internacional por parte del Ecuador fue publicada en el *Registro Oficial* 101 de 24 de enero de 1969.

39. Christian Courtis, "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, No. 42, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, pp. 53 y ss.

40. Javier Mijangos y González, *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 599, en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional200717&dslID=doctrina_drittwirkung.pdf], acceso: 21.09.2010.

41. Rebecca Smith, *Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos*, pp. 5 y 6, en: [<http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro5/rebeca%20smith.pdf>], acceso: 17-09-2010.

Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos,⁴² determinó, entre otras cosas, que:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efecto en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría de la *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.⁴³

La Corte, así mismo, enfatizó que, a pesar que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos generalmente se da en la relación de los Estados y los individuos sujetos a su jurisdicción, también los efectos de los derechos están presentes en las relaciones entre particulares, por lo que los entes privados deben respetar los derechos humanos de sus trabajadores,⁴⁴ correspondiéndole al Estado velar porque esto ocurra, ya que de, lo contrario, el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos,⁴⁵ e indicó:

el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.⁴⁶

Así, en suma, los particulares están en la obligación moral y jurídica de respetar los derechos de sus pares. Si no lo hacen, serán sujetos de sanción por parte del Estado que debe prevenir, sancionar, ordenar y reparar los daños producidos. En esta medida, los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos vinculan directamente a los Estados y a los particulares, a los primeros en cuanto sujetos de responsabilidad internacional, y a los segundos en cuanto sujetos de responsabilidad interna.

42. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18/03.

43. *Ibid.*, considerando 140.

44. *Ibid.*, considerando 146.

45. *Ibid.*, considerando 147.

46. *Ibid.*, considerando 148.

En este punto, cabe observar que el deber de protección del Estado⁴⁷ y eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos está recogido en nuestra Constitución cuando esta los incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, otorgándoles incluso, en su aplicación por parte de los jueces y cualquier autoridad administrativa, supremacía sobre ella, cuando estos reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución.⁴⁸

Por lo tanto, al igual que los derechos constitucionales, los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos son judicialmente exigibles, pues, son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.⁴⁹ Al efecto, no se podrá alegar desconocimiento o falta de ley para justificar la violación de los derechos y garantías establecidos en los mismos, desechar la acción interpuesta en su defensa o negar el reconocimiento de tales derechos.⁵⁰

No obstante, resulta necesario aclarar que nuestra Constitución, conforme lo establece el art. 417 en concordancia con el numeral 3 del art. 11 e inciso 3 del art. 426, va más lejos y no solamente ha incorporado como fuente de derecho a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también a otros instrumentos internacionales de esta naturaleza, como lo es el *softlaw* o derecho suave, que, conforme lo reconociera la Corte Constitucional del Ecuador –máximo intérprete constitucional–, también resulta ser directamente aplicable por y ante cualquier juez o autoridad, más aún si desarrolla el contenido de una serie de derechos previstos en la Carta Fundamental.⁵¹

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Este deber de protección del Estado y eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares se ha plasmado en nuestra Constitución, la cual es un texto histórico que refleja la lucha contra una sociedad injusta⁵² en aumento, producto de la

47. Constitución, inciso 1 del numeral 9 del art. 11.

48. *Ibid.*, inciso 2 del art. 424 y art. 426.

49. *Ibid.*, art. 172.

50. *Ibid.*, numeral 3 del art. 11 y art. 426.

51. Corte Constitucional del Ecuador, dictamen favorable de Constitucionalidad al Convenio entre la República del Ecuador y la República Argentina para el Cumplimiento de Condenas Penales, No. 0004-09-DTI-CC, p. 13, publicado en el *Registro Oficial* 595 de 21 de mayo de 2009.

52. Thomas Pogge, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, Sao Paulo, 2007, pp. 145-169, citado por Ramiro Ávila Santamaría en “Caracteri-

exclusión y desigualdad existente en nuestro país como consecuencia del modelo económico liberal-neoliberal, que dejó cada vez más libres de control a los poderes salvajes del mercado y, por ende, con más poder debido a la privatización de los servicios públicos y reducción del deber de hacer del Estado.

Estas, entre otras razones, hicieron que nuestro constituyente se inclinara por un constitucionalismo social o igualitario.⁵³ Así, el art. 1 de la Constitución del Ecuador, define a nuestro país como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, enunciado axiológico de donde resulta, como señala Ramiro Ávila, que el Estado y el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas y colectividades.⁵⁴ Es decir, en ningún caso las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder privado ni público, dentro de los cuales se encuentran las decisiones de los jueces,⁵⁵ podrán superponerse a los derechos.

Entonces, al ser la Constitución y los derechos contenidos en esta jurídicamente supremos, todos, incluidos los particulares, debemos observarlos para realizar o no una determinada acción,⁵⁶ pues estamos obligados a practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios,⁵⁷ no pudiendo sobreponerse dicho ejercicio a la dignidad de los demás. En este sentido, los derechos se convierten en jaque perpetuo⁵⁸ al poder, ya sea público o privado.

zación de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, p. 413. Ramiro Ávila, valiéndose de la Teoría de la Justicia de J. Rawls, expuesta por Thomas Pogge, indica que una sociedad injusta se caracteriza porque: 1. Los peor situados están peor absolutamente; 2. Los peor situados están peor que otros; 3. Los mejor situados no se puede imaginar la situación de los peor situados y, por lo tanto, existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación a los segundos; 4. La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida; 5. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable; 6. Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar); 7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad; 8. Puede existir otro orden social y político; 9. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres; 10. Solo los mejor situados disfrutaban la ventaja de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los mejor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y generales.

53. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pp. 405-428; y Ramiro Ávila Santamaría, *Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*, pp. 22-43.

54. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pp. 409, 410.

55. Constitución, art. 172.

56. *Ibid.*, art. 426.

57. *Ibid.*, numeral 9 del art. 83.

58. En el ajedrez, el jaque perpetuo es el recurso que emplea un jugador a través de la continua amenaza-movimiento de una pieza hacia el Rey contrario para conseguir igualar la partida, esto es hacer tablas, sin que su

De esta forma se patentiza en nuestro sistema jurídico-constitucional el tránsito del paradigma libertario al igualitario, en donde –por mandato constitucional– nuestro sistema económico debe ser social y solidario y propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza;⁵⁹ y el derecho a la propiedad⁶⁰ y a la libre empresa⁶¹ están garantizados siempre y cuando se ejerzan bajo los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental, siendo, a consecuencia de estos enunciados normativos, todos los principios y derechos inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía en su exigibilidad.⁶²

A continuación revisaremos cómo a través de la acción de protección, garantía constitucional de protección de derechos prevista en el art. 88 de la Carta Suprema, el constituyente ha dejado establecido, con claridad, el efecto de irradiación de los derechos constitucionales frente a particulares y el deber de protección de estos derechos que tiene el Estado en estas relaciones.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES

En la Constitución de 1998 se instituyó por primera vez una garantía constitucional de amparo de derechos en contra de particulares: el amparo constitucional. Esta acción se podía dirigir contra entes privados que prestaren un servicio público por delegación o concesión de una autoridad pública o cuando con su conducta vulneraran un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Pero no se podía hacer nada contra una violación de carácter individual, pues esta posibilidad no estaba prevista, a no ser, como indicamos, que el ente privado prestara un servicio público por delegación o concesión del Estado.

Sin embargo, su desarrollo no fue el esperado, pues se establecieron parámetros muy rigurosos para acreditar la legitimidad activa del afectado, como, por ejemplo, tener que demostrar que se era representante de una colectividad⁶³ cuando se trataba

rival se pueda resistir. En este mismo sentido, las garantías y derechos constitucionales servirán para poner en jaque perpetuo al poder privado que viole derechos.

59. Constitución, art. 283.

60. *Ibid.*, numeral 26 del art. 66 y art. 321.

61. *Ibid.*, numeral 15 del art. 66.

62. *Ibid.*, numeral 6 del art. 11.

63. Véase la acción de amparo constitucional No. 862-2004-RA, resuelta por el ex Tribunal Constitucional, en la que un ciudadano interpuso amparo constitucional en contra de dos ciudadanos por cuanto estos habían construido unas torres de aproximadamente 20 metros de altura en las que instalaron cuatro altoparlantes mediante

de la vulneración de derechos comunitarios, colectivos o difusos,⁶⁴ mientras que la posibilidad de poder accionar contra particulares que prestaren servicios públicos o actuaren por delegación o concesión de una autoridad pública fue casi nula, pues, en la jurisprudencia, no se desarrollaron estos conceptos, los cuales hubieran permitido acreditar la legitimidad pasiva de los entes particulares vulneradores de derechos.⁶⁵

Por lo tanto, el amparo constitucional contra particulares previsto en la Constitución de 1998, en la práctica, seguía alineado con la tesis de que los derechos constitucionales solamente eran oponibles frente al Estado, pues la excesiva restricción legal y, sobre todo, la falta de desarrollo jurisprudencial de conceptos dejaron exentos a los particulares de ser controlados constitucionalmente.

El constituyente, mediante la ampliación de la acción de protección frente a particulares en la Constitución 2008, rompe con el anterior paradigma y reconoce que el sistema jurídico está compuesto no solamente por normas, sino que, además, es un sistema de posiciones y relaciones jurídicas,⁶⁶ y que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento a la cual estamos sujetos todos los entes, tanto los públicos como los privados y que, por ello, el efecto de los derechos constitucionales es vertical y horizontal.

los cuales se difundía publicidad de toda índole, a muy alto volumen y a toda hora, incluso por la noche, lo cual afectaba la tranquilidad y la paz de los que habitaban en dicha localidad, por el ruido ensordecedor que ocasionaba. El juez de instancia negó la acción y el Tribunal Constitucional, en apelación, indicó que el actor no había acreditado ser representante de la comunidad, y resolvió ratificar la decisión de primera instancia por falta de legitimación activa del proponente.

64. Art. 7 de la resolución s/n dictada por la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 378 de julio del 2001, mediante la cual se interpretó la Ley de Control Constitucional, en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, y se restringió legislativamente su alcance y eficacia.

65. Un ejemplo de lo dicho se produjo cuando el ex Tribunal Constitucional negó la acción de amparo constitucional No. 0215-01-RA, que fuera propuesta por algunos padres de familia del Colegio Americano de Guayaquil en contra de su Rector y el Presidente de la Asociación, debido a que en los meses de abril y mayo del año 2000, pese a no estar autorizados por la Junta Reguladora de Costos de Educación Particular ni por el Ministerio de Educación, les impusieron a todos los alumnos una pensión arbitraria y elevada que superaba el 90% en relación con el año lectivo anterior. Ante el reclamo de los actores a la Junta Reguladora de Costos del Ministerio de Educación, los accionados les pidieron a los alumnos reclamantes que se ubiquen en otros colegios, iniciándose una constante persecución y acoso que desembocó con una carta circular de 12 de enero de 2001 que les comunicó que se les negaba la matrícula a sus representados, lo cual consideraron que violaba su derecho a la educación. En primera instancia, se negó la acción y, en apelación, el Tribunal Constitucional ratificó la decisión diciendo que “en el presente caso se demanda a una persona de derecho privado como lo es el Colegio Americano de Guayaquil, que es un colegio particular, por lo que *no se cumple con el presupuesto de que el acto u omisión emane de una autoridad pública*” y que tampoco la resolución impugnada perjudica un interés comunitario o colectivo (la cursiva me pertenece).

66. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 506.

ACTOS JUSTICIABLES

Esta garantía ha sido concebida para proteger directa y eficazmente los derechos constitucionales que sean vulnerados por acciones u omisiones de los particulares cuándo: 1. presten servicios públicos impropios o de interés público; 2. presten servicios públicos por delegación o concesión estatal; 3. la violación del derecho provoque daño grave; 4. la persona afectada se encuentre en una situación de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; 5. se produzca un acto discriminatorio por cualquier persona.

Dentro de las causales de procedencia, que están previstas en los numerales 4 y 5 del art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, la tercera causal, puede afirmarse, atraviesa a las demás, pues toda violación de un derecho provoca daño, aunque no siempre sea grave; es decir, irreversible fácticamente, pero sí reparable jurídicamente. Por lo tanto, cuando se ha producido o se está por producir un daño que no permite o permitiría regresar a la situación anterior a la violación, urgentemente se tendrán que ordenar medidas reparatorias para mitigar el daño producido.

Respecto de las causales de subordinación y de discriminación, cabe señalar que estas desembocan en la mayoría de las veces en indefensión, circunstancia esta que necesariamente estará presente de una u otra forma cuando los particulares provoquen daño grave, presten servicios públicos impropios o por delegación o concesión estatal.

Por ello, solamente abordaremos las circunstancias de subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión, las cuales serán evidenciadas de forma práctica mediante la revisión de algunos casos de “amparo constitucional” resueltos por nuestro ex Tribunal Constitucional a la luz de las causales de procedencia previstas en la Constitución de 1998. También revisaremos algunas sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, institución en donde, a partir de la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, mediante la “acción de tutela” han sido jurisprudencialmente desarrolladas las causales de procedencia de nuestra actual “acción de protección frente a particulares”.

SUBORDINACIÓN-INDEFENSIÓN

La subordinación como circunstancia que activa la acción de protección frente a particulares, para efectos del presente trabajo, se da cuando, producto del desnivel jurídico existente, una persona tiene la obligación de obedecer una decisión arbitraria o

de realizar actos para otra que ostenta la condición de autoridad en virtud del reconocimiento que mediante contrato el primero ha hecho para el segundo o de una norma jurídica que así lo dispone; y, entonces, esto conlleva vulneración de derechos constitucionales, generando indefensión. Ello implica que tienen que existir los siguientes elementos constitutivos:

1. Una autoridad y un subordinado;
2. Contrato o norma jurídica que origine dicha relación;
3. Vulneración de derechos constitucionales por:
 - a) decisión arbitraria; o,
 - b) obligación contractual u orden verbal o escrita de hacer o no hacer.

Para observar que la presencia de estos elementos se han venido presentando desde antes, revisaremos un caso resuelto por nuestro ex Tribunal Constitucional:

Caso No. 0775-2004-RA

a) Hechos: Una ciudadana indicó que hacía más de cuatro años era socia activa de la Cooperativa de Transporte “Río Amazonas Ltda.”. En virtud de esto, tenía una unidad automotor tipo bus que laboraba en la transportación pública de servicio urbano en Guayaquil. En mayo de 2002 se instauró en su contra un juicio coactivo por la Agencia de Garantías de Depósitos, debido a lo cual le incautaron el bus de su propiedad. Tras haber arreglado tal situación, el automotor le fue devuelto por lo que procedió a solicitar a la Cooperativa que se le permitiera continuar con sus recorridos, petición que fue negada por el gerente.

Dada tal negativa, concurrió a presentar su reclamo a la Subsecretaría de Bienestar Social, cuya autoridad ofició a los dirigentes de la Cooperativa disponiendo que se le permitiera a la víctima continuar prestando sus servicios en la transportación pública, a lo que se hizo caso omiso. Posteriormente, a la reclamante se la convocó a una sesión de la Asamblea General de Socios en donde se resolvió excluirla de la Cooperativa por varias situaciones que nunca fueron probadas.

En primera instancia, se negó la acción de amparo propuesta en contra del presidente y gerente de la Cooperativa, por cuanto se dijo que el actuar de los demandados no constituye acto de autoridad pública. En apelación, el Tribunal Constitucional confirmó la decisión del juez *a-quo* argumentado que no existía acto ilegítimo de autoridad de la administración pública o de quien hiciera sus veces por delegación de esta, ni que tampoco esta conducta afectaba un derecho colectivo.

b) Análisis: Si este caso sucediera hoy, los elementos de esta situación de subordinación serían: i) La autoridad, que es el presidente y gerente de la Cooperativa “Río

Amazonas Ltda.”, y la parte subordinada, que es la ciudadana que se ve obligada a acatar estas decisiones que le conculcan derechos. ii) Esta situación se origina en virtud de una norma jurídica, esto es, los Estatutos de la Cooperativa, que le confieren autoridad a sus representantes y por ende sujeción a sus decisiones por parte de sus socios. iii) Arbitrariedad de la decisión impugnada porque, a más de desobedecer a la autoridad administrativa estatal, se impone una retaliación en forma de sanción, sin haberse observado el debido proceso ni haberse respetado el derecho a la defensa, vulnerándosele a la actora el derecho a procurarse una vida digna mediante el trabajo y al libre desarrollo de actividades económicas.⁶⁷

Es evidente que llevándose a efecto un juicio en la vía ordinaria transcurriría mucho tiempo y no podría ordenarse el reintegro de esta, pues, en el mejor de los casos, lo que se podría aspirar era al pago de daños y perjuicios. La reclamación administrativa y las actas de sesiones constituirían pruebas suficientes para que el juez pueda formarse criterio del caso, por lo que no sería un obstáculo para resolver la emergencia en la que ha sido colocada la actora, la celeridad del procedimiento constitucional.

Pero hay que examinar que la pretensión no sea la declaración de un derecho legal u ordinario.⁶⁸ En este punto podría decirse que lo que en verdad se está reclamando no son los derechos constitucionales mencionados, sino que se declare la ilegalidad de la exclusión como socia de la Cooperativa y se ordene su reintegro, así como que, fruto de esto, se le observen los derechos que como socia adquirió, dentro de los cuales está el poder trabajar en una línea que le sea asignada a su vehículo de transporte y que, consecuentemente, el problema no es competencia de la jurisdicción constitucional sino de la jurisdicción civil.

Sin embargo, al observar que la víctima ha sido sancionada con la exclusión de la Cooperativa, sin respetarse su derecho a la defensa y, por ende, al debido proceso y seguridad jurídica, así como que el bus de transporte urbano del cual es propietaria la actora es el único medio de sustento de su familia y la del chofer y ayudante de conducción que trabajan en el vehículo, el juez tiene que intervenir para proteger los derechos constitucionales de la actora y condenar la transgresión del principio de solidaridad y responsabilidad social con la que debemos actuar en el ejercicio de nuestras actividades económicas, dado el abuso de superioridad existente.

c) Conclusión: Tanto el juez de instancia como el Tribunal Constitucional inobservaron que el acto impugnado provenía de un ente privado al cual el Estado le había concesionado la prestación de un servicio público como es el de transportación de pasajeros. Sus afirmaciones respecto de lo contrario no fueron motivadas, por lo que el fallo deviene en arbitrario dejando en indefensión a la víctima.

67. Constitución 1998, núm. 16, art. 23 y art. 35-Constitución 2008, art. 66, num. 15.

68. LOGJCC, art. 42, num. 5.

Es precisamente aquí, cuando la acción de protección iguala fuerzas y se convierte en arma eficaz contra el poder abusivo, logrando que salgan a flote y no se ahoguen los sueños y aspiraciones de justicia, evitando males mayores, sirviendo como catalizador de la igualdad y la redistribución social. Los juzgadores, al examinar el problema y administrar justicia, antes que a literalidad de la ley, están sujetos a los derechos⁶⁹ que se encuentran establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. Entonces, en caso de existir varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, ante la duda, tendría que realizarse y responderse a la pregunta ¿cómo se protegen mejor los derechos?, debiéndose adoptar la respuesta que más proteja los derechos de la persona.⁷⁰ Si hoy volviera a ocurrir esto, la acción de protección sería el remedio.

La subordinación generalmente existe en las relaciones laborales entre patronos y trabajadores;⁷¹ entre las asociaciones de copropietarios de conjuntos residenciales y sus coasociados;⁷² entre los colegios de profesionales y sus miembros; entre las

69. Constitución 2008, art. 172.

70. LOGJCC, art. 2, num. 1.

71. Véase la sentencia T-982 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia en la que un empleador le ordenó a un trabajador que laborara tres horas los días sábados. Esta circunstancia iba en contra de las creencias religiosas del trabajador, ya que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y, para sus miembros, una de sus principales convicciones, creencias y festividades es que ese día debía guardarse para la adoración del Señor. El trabajador le envió una misiva al empleador proponiéndole que se le aumentara esas tres horas en las jornadas semanales a lo que el empleador le respondió que debía ir a trabajar de todas maneras los sábados. El trabajador no asistió a dos sábados continuos y al tercero fue despedido con una indemnización por parte del empleador. La desigualdad jurídica en la relación no le permitía reaccionar como en circunstancias de igualdad lo hiciera, debido al castigo que implicaba desobedecer tal orden. La Corte ponderó entre el derecho del empleador a organizar su empresa para que produzca más rentabilidad y el derecho de libertad de culto y religión del trabajador, fallando a favor de este. Como parte de la reparación integral al derecho vulnerado hizo una interpretación que armonizó los derechos en colisión y ordenó el reintegro del trabajador en el término de 48 horas, pero reconoció el derecho de la empresa a disponer al trabajador que labore durante tres horas adicionales siempre y cuando no se trate del día sábado. Así mismo, ordenó que el trabajador restituya los valores que hubiere recibido por indemnización; eso sí, descontando los valores que no percibió mientras dejó de laborar. ¿Podría ordenarse esta medida reparatoria si ocurriese un caso similar en nuestro país? Sí, sin duda. Al respecto, el art. 86 núm. 3 de nuestra Carta Magna ha previsto que el juzgador deberá ordenar la reparación integral cuando se declare la vulneración de un derecho, reparación que contemplará en lo posible el restablecimiento del derecho.

72. Véase la sentencia T-333 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia en la que la Asociación de Copropietarios de un conjunto residencial, cuyas decisiones se expresan por intermedio de la Asamblea General y su Directorio, obligó al pago mensual de televisión por cable comunal a uno de los copropietarios de dicho conjunto habitacional que no concurrió a la misma. Los accionantes alegaron que la Asamblea General no tenía competencia para imponer el servicio de televisión por cable, pudiendo solo fijar gastos en relación con la conservación, reparación y mantenimiento de las áreas, bienes y servicios de uso común. Así mismo, los demandados no recibían el pago que los actores normalmente realizaban por los gastos de administración sino adjuntaban el monto correspondiente a la televisión por cable por lo que al estar en mora no podían participar en las reuniones convocadas por el Directorio. La Corte expresó que la jurisdicción ordinaria, debido al tiempo que le tomaría llegar a una sentencia en firme, provocaría que los actores no puedan seguir actuando en las sesiones, violándose de esta forma sus derechos de participación. Esto significaría imponerles prácticamente la obligación de cancelar este servicio para no tener que pagar con mora los servicios en concepto de administración y

empresas particulares que brindan servicios públicos y los administrados; entre el directorio de clubes⁷³ o federaciones deportivas y sus asociados; entre padres e hijos; entre profesores y alumnos; etc., y en general cuando se presenten los elementos constitutivos enumerados anteriormente.

En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia mediante la “acción de tutela” tiene una larga tradición respecto de esta causal de justiciabilidad. Veremos un ejemplo que contrastara con nuestra realidad:

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-745 del 2002

a) *Hechos*: A dos futbolistas, tras regresar de jugar para otro equipo al que fueron dados en calidad de préstamo por el club al cual pertenecía su “pase”, no se les asignó la realización de ninguna actividad en esta entidad deportiva luego de su regreso, estando durante un considerable tiempo sin ninguna actividad ni remuneración, lo que hacía peligrar su sobrevivencia y la de su familia, ya que tampoco era posible para los jugadores gestionar su vinculación a otro ente deportivo, por no ser ellos, conforme el respectivo contrato, los dueños de su “pase”. El juez de primera instancia aceptó la demanda y, tutelando los derechos a la libertad y al trabajo, ordenó que a los dos jugadores el club deportivo demandado les entregara sus derechos deportivos. En virtud de la apelación realizada por los demandados, en segunda instancia se denegó la demanda por

así gozar de los derechos que estos le otorgan. Por lo tanto, la Corte estimó que los demandados violaron los derechos fundamentales a la libertad e intimidad personal y familiar de los actores y ordenó a la Junta Administradora aceptar el pago de las cuotas ordinarias que adeudan los actores, descontando el valor por el servicio de televisión por cable e intereses moratorios por dicho concepto. Del mismo modo, dispuso que se les permitiera la participación con voz y voto en las asambleas que se llegaren a realizar.

73. Véase la acción de amparo constitucional No. 1030-2004-RA, resuelta por nuestro ex Tribunal Constitucional, en la que el presidente del Club Deportivo Juventus y sus directivos propusieron esta acción por haber sido sancionados con un año calendario de suspensión por el presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito, tras haber protagonizado actos beligerantes en contra de este en el estadio de la Liga Parroquial del Quinche el 22 de agosto de 2004. Los demandantes consideraron que se irrespetó el debido proceso, ya que el órgano que poseía esta facultad sancionadora era la Comisión de Calificación, Premiación y Sanciones de la Asociación y no el directorio, debido a que este es un juez de apelación y no de conocimiento directo. El juez de primera instancia consideró que se había vulnerado un derecho difuso como es el derecho a practicar un deporte y concedió el amparo, mientras que el Tribunal Constitucional en apelación indicó que el demandado no era autoridad pública sino persona jurídica de derecho privado por lo que no procedía y revocó la decisión del *a-quo*. En este caso observamos: i) La autoridad que es el presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito y el subordinado que son los directivos del Club Deportivo Juventus. ii) Esta subordinación se origina en las normas jurídicas deportivas que le otorgan la competencia a las autoridades del club para sancionar las contravenciones que se pusieran en su conocimiento. iii) Esta decisión arbitraria manifestada por escrito vulneró el derecho constitucional al debido proceso y a ser juzgado por un juez competente. Esto se desprende al haberse el demandado arrogado la atribución de sancionar sin corresponderle.

cuanto se indicaba que lo que se discutía era un asunto de naturaleza eminentemente contractual, para lo cual existían otras vías diferentes a la constitucional.

b) *Análisis*: Se observa que en esta relación laboral existe: i) una autoridad que es la institución deportiva representada por sus directivos y una parte subordinada que son los futbolistas; ii) un contrato suscrito entre las partes que origina la relación de subordinación; y iii) vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de escoger profesión y oficio, así como al trabajo en condiciones dignas y justas de los accionantes, dada por una obligación contractual de no poder jugar en ningún otro club que no sea el demandado, así este no los utilice ni les pague un salario por mantenerlos sin actividad.

c) *Conclusión*: En cambio, la Corte Constitucional de Colombia, en sede de revisión, expresó que al verse obligados los deportistas en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁷⁴ a tener que cumplir la cláusula contractual que les impedía jugar en otro club de fútbol, mientras no lo autorice su empleador, vulneraba sus derechos constitucionales, pues, de persistir esta situación se cosificaría a los jugadores en mercancía y degenerar en esclavitud y trata de personas; por ende, confirmó la decisión del juez de primer nivel que ordenó al club deportivo que en el término de 48 horas entregara los derechos deportivos a dichos jugadores y comunicara tal situación a las instituciones correspondientes para que procedieran al respectivo registro.

En este caso los derechos patrimoniales en juego adquirieron relevancia constitucional al estar en peligro la supervivencia y dignidad de los deportistas y su familia, a pesar de provenir el problema de relaciones contractuales que, en circunstancias normales, le corresponderían solucionar a la jurisdicción laboral. Esta, en este caso, no sería la vía adecuada ni eficaz al no poder evitar que se continúen violando los derechos del actor y su familia, debido al tiempo que tardaría en declararse mediante sentencia ejecutoriada la nulidad de tal cláusula al haberse presentado estas circunstancias que generan la inconstitucionalidad de la misma.

INDEFENSIÓN

La situación de indefensión como causa de protección frente a particulares puede definirse para efectos del presente trabajo como la posición dominante que, producto de las circunstancias fácticas o jurídicas determinantes de la relación, ostenta un particular respecto de otro, lo que ocasiona la impotencia del dominado para reivindicar sus derechos constitucionales. Esto por la inexistencia de recursos materiales,

74. Es una locución latina que significa que “lo pactado obliga”.

físicos o legales que sean rápidos y eficaces o por la inoperancia de las autoridades públicas llamadas a intervenir.

Entonces, para que se dé este presupuesto se identifican los siguientes elementos:

- a) poder, producto de la posición dominante proveniente de las circunstancias fácticas o jurídicas, pero no de normas, que determinan la relación;
- b) impotencia del dominado para compeler la violación de sus derechos constitucionales; y,
- c) falta, idoneidad, ineficacia de medios de carácter material, físico o legal que sean adecuados y eficaces, o, en su defecto, por la inoperancia o negligencia de las autoridades administrativas.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que esta circunstancia deberá siempre ser analizada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso; por lo que no existe una definición única de este concepto.⁷⁵ Pero, ¿cuál es la razón para que se produzca la intervención del juez en las situaciones de indefensión derivadas de las relaciones entre particulares? La Corte colombiana ha contestado este interrogante en su jurisprudencia, manifestando que:

Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección –en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental–, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho.⁷⁶

En general, se presume que las relaciones entre particulares se dan en términos de igualdad; producto de la libertad de que gozan. Mas, cuando se dan los supuestos mencionados, un tercero –el juez– tiene que intervenir para restablecer la igualdad que se perdió producto del abuso del derecho a la libertad de una de las partes. Ronald Dworkin, en razón de esto, ha propuesto que

los derechos fundamentales a diferentes libertades solo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental.⁷⁷

75. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 227 de 1999.

76. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-134 de 1994.

77. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 390.

Para analizar los elementos constitutivos de esta situación, revisaremos un caso de acción de amparo constitucional resuelta por nuestro ex Tribunal Constitucional.

Caso No. 0008-2004-RA

a) Hechos: Un ciudadano, por un lapso de dos años y ocho meses, desempeñó las funciones de jefe comercial del Banco del Pichincha, en su agencia ubicada en el cantón Montecristi, provincia de Manabí. El 4 de octubre de 2000 fue separado definitivamente de su cargo por medio de un Visto Bueno concedido por la Inspectoría del Trabajo.

Mediante juicio laboral, este ciudadano impugnó dicho Visto Bueno y la Corte Superior de Justicia de Portoviejo en sentencia declaró que existió despido intempestivo, por lo que ordenó el pago de la indemnización correspondiente. Esta sentencia fue confirmada por la ex Corte Suprema de Justicia. Desde esa fecha, en virtud de las órdenes impartidas por el gerente regional del Banco del Pichincha a los guardias de seguridad de esta sucursal, quienes controlaban el ingreso y egreso del mismo, al actor se le prohibió ingresar a las instalaciones del banco, impidiéndosele de esta forma cobrar los valores que, en concepto de jubilación patronal, le depositaban en su cuenta de ahorros, así como hacer los movimientos bancarios que de acuerdo a sus necesidades requiriera.

La defensa del Banco, contestando a la demanda de amparo solicitada por su ex empleado, dijo que esta era una institución privada y que los clientes de la institución eran seleccionados, siendo potestativa su admisibilidad a cuentas de ahorros, corrientes, inversiones, créditos, casilleros de seguridad, otorgamiento de garantías, tarjetas de crédito y demás servicios financieros, así como también disponía de áreas restringidas de seguridad a las que tenía acceso solo el personal autorizado.

El juez de instancia inadmitió la acción propuesta y el Tribunal Constitucional en apelación señaló que el Banco del Pichincha era una institución privada que no actuaba por delegación o concesión del Estado prestando servicios públicos. Con este fundamento resolvió ratificar la negación al amparo solicitado. Sin embargo, expresó su preocupación por la actitud del banco y dispuso se remitan fotocopias certificadas a la Superintendencia de Bancos para que se le llamara la atención.

b) Análisis: Si este caso sucediera hoy, los elementos fácticos de indefensión serían: i) La posición ventajosa del demandado respecto del actor al prohibir por la fuerza su ingreso y negarle la atención y consecuente cobro de valores que, por concepto de jubilación, le eran depositados mensualmente. ii) El actor no puede hacer nada para impedir que su derecho constitucional a que no se maltrata su dignidad se vea vulnerado, viéndose obligado a acudir a otra sucursal del banco fuera de la ciu-

dad para poder disfrutar de su derecho constitucional a la jubilación, lo cual, obviamente, le resulta gravoso al generar indudablemente un perjuicio económico. iii) La inexistencia de medios materiales-físicos y legales, adecuados y eficaces, para combatir tal afrenta a su dignidad, dejan al recurrente en una situación de indefensión, a la cual el Estado tiene la obligación de atender prioritariamente, al ser parte de un grupo vulnerable –persona adulta mayor–.

c) Conclusión: El ex Tribunal Constitucional hizo caso omiso de la jurisprudencia dictada por este en la acción de amparo No. 0378-01-RA, en la cual se definió qué implicaba la prestación de un servicio público, lo cual, sin duda, prestaban y prestan los bancos, inobservando así el Tribunal su deber de hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos y dejando fuera de control constitucional a este ente privado. Con esto, la situación de indefensión quedó completa, pues no existió tampoco un tribunal adecuado y eficaz para la protección de derechos. Más bien, al tibiamente alcanzar el tribunal a recomendar que se realice un llamado de atención al banco por parte de la Superintendencia de Bancos, quedó subordinado al poderío del banco, dejando al actor vejado, por haberse atrevido a reclamar sus derechos laborales, sentándose un mal precedente para que no se animen a hacerlo otras personas que se encontraren en similares condiciones.

Hoy, el juez constitucional, haciendo respetar la Carta Suprema, debería ordenar al banco la reparación integral del daño, disponiendo el libre ingreso del actor a este, debiendo serle prestada la atención preferente que se merece.⁷⁸ Así mismo, para que no se volviera a repetir lo ocurrido, podría ordenar el pago de las costas procesales en las que incurrió el actor para reivindicar sus derechos, así como que se le otorgara una disculpa pública por lo sucedido en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad.

Las circunstancias fácticas que pueden colocar a una persona en estado de indefensión contra otro particular que vulnere derechos son innumerables, pues en la sociedad y en el mercado⁷⁹ se forman poderes que deben ser controlados para que los derechos de los débiles no se vean avasallados por la voluntad de los fuertes.

78. Constitución 2008, art. 38, núm. 4.

79. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-375 de 1997: Un ciudadano que constituyó una microempresa destinada a la fabricación de velas en el Municipio de Florencia, Caquetá, indicó que la materia prima –parafina, indispensable para su funcionamiento–, la adquiría de la empresa Terpel Sur S.A. Para tal efecto, la empresa ha entregado al demandante un código de comprador y explicó que se la vendían en bloques, los cuales, según afirma, se facturaban con un peso de 29.92 kilogramos. El demandante, al notar que varios bloques adquiridos a Terpel tenían un peso inferior al indicado, acudió a la Inspección de Precios, Pesos y Medidas de Florencia, quien comprobó que los 23 bloques que se encontraban en la bodega del microempresario tenían un peso inferior al supuesto, por lo cual Terpel fue sancionada y este hecho fue puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. A raíz de tales acciones, Terpel decidió suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios al vulnerar su derecho a la igualdad y al trabajo, toda vez que es el único distri-

Así mismo, ahora veremos cómo la jurisprudencia colombiana ha tratado el tema en una de sus sentencias de tutela, expedidas en sede de revisión.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-351 de 1997

a) *Hechos*: Una pareja de cónyuges, de avanzada edad y con problemas de salud, demandó a un sacerdote debido a que este, mediante poder que le otorgaron, habría vendido una propiedad que les pertenecía y no les habría entregado el dinero de la venta argumentando que ellos habían expedido un testamento en el que dejaban la casa que se vendió para la Diócesis de Cúcuta y, por eso, el dinero fue depositado en el Fondo de Vocaciones de la Diócesis de Cúcuta.

Los actores solicitaron que se condene a la Diócesis al pago del dinero producto de la venta, pues el no haberlo recibido, y además haber dejado de tener la única fuente de ingresos que significaba el arrendamiento del inmueble, atentaba contra su salud y su vida, ya que era su único medio de subsistencia. En primera y segunda instancia se negó la tutela por cuanto se dijo que existían otras vías judiciales para el efecto, mientras que la Corte Constitucional de Colombia en sede de revisión indicó que por no resultar idóneas ni eficaces las vías civiles, debido a la congestión y a la avanzada edad de los demandantes, la tutela era procedente y entraba a resolver el fondo del problema planteado.

Expresaron que con esta actitud se vulneró el principio de solidaridad que es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a lo cual deben obrar las personas en determinadas circunstancias, así como el principio de buena fe,

buidor del producto en la región. Terpel indicó que, debido al procedimiento adoptado por el actor, le parecía prudente esperar la resolución de la denuncia ante la Fiscalía presentada por él y que encontraba contradictorio que, si creía que le estaban robando, quisiera continuar con sus compras. El juez de primera instancia concedió la tutela como mecanismo provisional de defensa del derecho a la igualdad, al trabajo y a la protección familiar y ordenó a Terpel seguir suministrando la materia prima. La Corte Constitucional, en revisión, consideró que el demandado se presenta en el mercado nacional y en el mercado local como distribuidor mayorista de parafina nacional e importada y que la dependencia que con respecto a esta empresa tiene el pequeño empresario parece ser total pues, es el proveedor de su único insumo y solo con gran sacrificio suyo en términos de costo y esfuerzo, podría ser sustituido por otro. Por lo tanto, expresó que la negativa a contratar, esto es a suministrar parafina a la pequeña fábrica de velas, vulnera el derecho al trabajo, tanto del propietario de la fábrica como de sus operarios. La Corte concluyó que el actor se encontraba en una situación de indefensión material, pues la retaliación tomada por la empresa Terpel tenía como objetivo demostrar su poderío y, con eso, lograr que el actor desistiera de sus reclamos respecto del fraude en el pesaje de la parafina. Expresó que la sociedad demandada es una persona de derecho privado que, en virtud de su derecho a la libertad de empresa y contractual, no se le puede imponer el deber general de contratar, pero, de la misma manera, señaló que la empresa como tal constituye la base del desarrollo del país y, por ende, debe siempre cumplir su función social que implica obligaciones para poder funcionar; por lo que ordenó a la empresa Terpel poner fin a la conducta asumida y continuar suministrando parafina en términos de su propia oferta pública.

colocó en peligro la vida y la salud de los actores, por lo que resolvió ordenar al representante legal de la Diócesis de Cúcuta restituya el dinero producto de la compraventa dentro del término de 48 horas con los respectivos intereses legales.

b) Análisis: Un caso sui generis: i) La Corte expresó que la posición ventajosa ostentada por el sacerdote sobre los feligreses, en virtud de la confianza que este se ganó de ellos, coadyuvado por su fe y creencia religiosa, hizo que le entregaran el poder para que les vendiera su casa; así como que otorgaran un testamento a favor de esta comunidad.

Este predominio se reflejaba en ese momento, en la prepotencia y negativa a entregarles el dinero de la venta arguyendo la existencia del testamento; ii) es clara la imposibilidad de los actores en su condición de personas de la tercera edad de contrarrestar este abuso y consecuente violación de sus derechos a la salud y la vida; iii) coadyuvado por la inexistencia de medios materiales-físicos y legales que sean adecuados y eficaces por el tiempo para obligar al sacerdote y a la congregación a devolver el dinero.

c) Conclusión: Aquí los derechos patrimoniales en juego adquirieron relevancia constitucional al encontrarse en riesgo la dignidad y sobrevivencia de los actores. La pretensión de los actores era la declaración de la violación de su derecho constitucional a la vida y a la salud, pero también implícitamente buscaban se declare su derecho a recibir el dinero fruto de la compraventa de su casa. En este caso la vía constitucional era la única que podía evitar que los actores quedaran en indefensión, quienes al ser un grupo vulnerable de la sociedad, el sistema judicial debía urgentemente atenderlos y reparar el daño producido evitando se produzcan, por la interdependencia que existe entre los derechos, vulneración de su vida.

DISCRIMINACIÓN-INDEFENSIÓN

Norberto Bobbio indicaba que “los derechos humanos por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas instancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes...”⁸⁰

El constituyente, haciéndose eco de estas luchas que han sido reconocidas por nuestro país en declaraciones y convenios internacionales, instituyó constitucionalmente la acción de protección frente a particulares por motivos de discriminación, la cual garantiza el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de los

80. Norberto Bobbio, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 17, 18.

seres humanos. En consecuencia, ha quedado proscrita cualquier forma de distinción arbitraria, ya sea por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, 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.⁸¹

Pero, como hemos visto, no es suficiente este gran triunfo formal, pues hay que preocuparse ahora por su materialización: en la sociedad todavía existe arraigada la *discriminación solapada*⁸² en lo más cotidiano de la vida, y, más que nada, por los particulares que a lo largo del tiempo no hemos sido sujetos de la misma intensidad de control que el Estado, habiendo tenido, en consecuencia, mayor libertad para discriminar.

Para cumplir con este objetivo, en los casos que el accionado sea un particular, la ley ha establecido que se presumirán ciertos los hechos alegados por la víctima, cuando se trate de discriminación o de violaciones de los derechos del ambiente o de la naturaleza.⁸³

Esta inversión de la carga de la prueba, *prima facie*, parecería atentar contra el principio de presunción de inocencia previsto como una garantía en todo proceso.⁸⁴ Mas, no es así. El legislador, para tomar esta decisión, ante la colisión entre el principio de presunción de inocencia y el principio de igualdad material y de tutela efectiva, que también se derivan de la dignidad humana, realizó un ejercicio ponderativo y decidió que mayor peso, para estos casos, tenía el principio de igualdad material y tutela efectiva, en razón de que para la víctima en la práctica le es muy difícil, en el desnivel en el que se encuentra, probar sus aseveraciones y porque estos hechos no son de sencilla demostración.⁸⁵

Pero, ¿qué significa la palabra igualdad? Bobbio indicó que la dificultad de establecer el significado descriptivo de la *igualdad*, descansaba en su indeterminación, de tal modo que decir que dos entes son iguales no significaba nada si no se respondían las preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes?, y b) ¿igualdad en qué?⁸⁶ En tal vir-

81. Constitución 2008, art. 11 núm. 2, inc. 2.

82. Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: el 10-10-2009.

83. LOGJCC, art. 16.

84. Constitución 2008, art. 76, núm. 2.

85. Es de observar que, en Colombia, la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación se ha establecido jurisprudencialmente.

86. Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 53, 54.

tud, estas preguntas junto a la de si ¿la distinción es fundamentada o arbitraria?, tendrán que ser contestadas en el caso concreto para establecer si existe o no discriminación y violación del principio de igualdad.

Ejemplos comunes de discriminación entre particulares en nuestro país han sido y siguen siendo: 1. Que la administradora del bar de un colegio de mujeres le diga a una aspirante a conseguir trabajo que, porque es casada, no es idónea para el mismo; 2. Que un servicio de transporte no se detenga porque el pasajero que le hace señales es de la tercera edad y, por ende, paga la mitad; por lo tanto, no lo lleva por no convenirle económicamente; 3. Que se publiquen anuncios que requieran profesionales para trabajar pero que sean de una determinada universidad; 4. Que una empresa solicite como requisito una certificación médica de no estar en estado de embarazo para dar empleo a personas de sexo femenino; 5. Que una empresa despidiera a un trabajador por haber sufrido un accidente laboral que disminuyó sus capacidades motrices;⁸⁷ 6. Que el dueño de un restaurante llame a la policía por pensar que lo van a asaltar, cuando se acercan al mismo una familia de personas negras a consumir sus servicios;⁸⁸ 7. Que a una persona o grupo de personas no se los deje entrar en un lugar

87. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-216 del 2009: El 18 de enero de 2006, un ciudadano sufrió un accidente de trabajo que consistió en una caída de 50 metros, la cual le ocasionó un severo trauma en los miembros inferiores. La empresa de Molino ROA S.A., empresa para quien prestaba sus servicios, el 14 de septiembre de 2007 le informó que ya no se le podía continuar renovando el contrato. El trabajador interpuso acción de tutela en contra de la empresa por cuanto esta, al despedirlo, estaba vulnerando su derecho al trabajo, la salud y la seguridad social y a no ser discriminado, ya que venía laborando en la empresa en varios oficios mediante sucesivos contratos de trabajo por un término de 13 años. El actor mediante certificación correspondiente demostró que tenía una discapacidad del 32,63%, por lo que consideró que la empresa terminó la relación laboral producto de la invalidez que padece debido a la ocurrencia del accidente laboral, circunstancias que lo colocan en una situación grave por cuanto no logra obtener empleo debido a su accidente. En virtud de esto, solicitó que se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando o uno acorde con la incapacidad que soporta en la actualidad y, adicionalmente, exigió el reconocimiento a la indemnización por la ilegitimidad del despido del que fue víctima. El juez de primera instancia negó la solicitud de tutela. En segunda instancia, se confirmó tal decisión indicando que las reivindicaciones planteadas son solamente sobre meras expectativas, mas no sobre derechos fundamentales, puesto que el asunto planteado requiere primero el agotamiento de las vías ordinarias en donde se decidirá la titularidad de los derechos subjetivos infringidos supuestamente. La Corte Constitucional en revisión, en cambio, señaló que, en virtud del principio de solidaridad, igualdad, dignidad humana y de la declaratoria de Estado social que hace la Constitución, la jurisprudencia de la Corporación en sentencia C-531 de 2000 indicó que: “Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación, sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”. Resaltó, además, que cuando el empleador no obtenga el visto bueno de la autoridad administrativa se presumirá que la causa de terminación de la relación es la invalidez del trabajador, pues la Corte ya había indicado que endilgar al actor la carga de la prueba respecto del ánimo discriminatorio del empleador es una carga desproporcionada que afecta a una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta. En virtud de estas consideraciones revocó las decisiones inferiores y ordenó al gerente de la empresa que, en el término de 48 horas, reintegre al actor en el cargo que desempeñaba o que le proporcione un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios y, además, ordenó el pago de la indemnización en razón de la discriminación sufrida.

88. Diario *El Universo*, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.

público por se de raza negra; 8. Que a una persona no se le quiera arrendar o dar trabajo por ser extranjero, madre soltera, homosexual o de raza negra. Respecto de este último caso de discriminación encontramos en el diario *El Universo* de la ciudad de Guayaquil el siguiente testimonio:

María Elena Castro se enfurece al recordar la desagradable experiencia que vivió hace nueve días. Había escuchado por radio Cristal que, en un restaurante de la terminal terrestre de Guayaquil, necesitaban dos empleadas. Invitó a una vecina de la cooperativa Santiaguito Roldós, en el sur de la ciudad, y ambas acudieron en busca del empleo. “No. Ya conseguimos personal”, fue la respuesta cortante del administrador del local, quien no les dio opción a más preguntas. Castro señala que la actitud de aquel hombre dejaba notar su incomodidad porque ellas eran de tez negra. La mujer de 35 años afirma que, para comprobar su sospecha, fue a una cabina telefónica y llamó al número del restaurante. El mismo hombre le respondió que sí había vacantes. “Como nos vio negras, nos rechazó. Esa discriminación la vivimos en todo lado”.⁸⁹

Al respecto en la jurisprudencia colombiana se presentó el siguiente caso.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-131 del 2006

a) *Hechos*: La empresa multinacional de finanzas Deloitte envió una Comisión de personas para trabajar en Colombia y, una vez terminadas las labores, la actora, una ciudadana colombiana de tez morena, profesional en contaduría y coordinadora regional en Centro América y el Caribe de dicha empresa, se dedicó a enseñarles a sus compañeros de trabajo la belleza de la ciudad de Cartagena y, aproximadamente a las 10 de la noche, se dirigieron a la discoteca La Carbonera, en la que el guardia de seguridad les negó el acceso informándoles “que para poder entrar tenían que tener una reservación y que además la discoteca se encontraba llena”. Luego se dirigieron a la discoteca Qka-Yito en donde, con el mismo argumento, también les negaron la entrada. Regresaron entonces a La Carbonera para ver si más tarde podían ingresar y, ante su insistencia, el guardia les confesó: “Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero”.

Expresó la actora que la vergüenza ante sus colegas fue muy grande al sentirse discriminada en su propio país por el hecho de ser negra. Los representantes de La Carbonera respondieron que no era cierto que tuvieran criterios de tipo étnico o religioso para limitar la entrada al establecimiento y que la discoteca no permitía la

89. Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.

entrada por razones de seguridad cuando esta ya estaba llena. En cambio, los representantes de la discoteca Qka-Yito respondieron que los únicos parámetros que tienen para permitir el ingreso son el vestuario y el calzado, esto es, revisan que las personas que ingresan lo hagan en óptimas condiciones. En primera instancia se denegó la tutela por cuanto la actora no demostró los hechos narrados, otorgándole credibilidad al testimonio del portero de la discoteca que indicó que solo revisaban que no entraran a la discoteca en chanclas o pantaloneta. En segunda instancia se revocó la sentencia al considerarse que el usar parámetros como el color de la piel para permitir el ingreso implica que los dueños intentan, en virtud de sus prejuicios y aires de superioridad, que solo ingresen personas blancas (apartheid), o que, si son de raza negra, sean famosas o de mucho dinero. Por esta razón, el fin que se persigue con esta medida era contrario a la Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia mediante revisión confirmó la decisión de segunda instancia y expresó que el testimonio del guardia, debido a su relación de dependencia, no podía tener más credibilidad que el de la actora, por lo que ordenó a las empresas demandadas que en próximas oportunidades se abstuvieran de impedir el ingreso a estos lugares públicos de diversión nocturna por razones de raza, tutelando así los derechos de la actora a la igualdad y a la dignidad humana.

A continuación, por la similitud que podría darse al ser planteada contra un particular, revisaremos una acción de protección por discriminación, incoada en contra del rector y un profesor de un establecimiento educativo estatal de la parroquia “La Naranja”, cantón Espíndola de la provincia de Loja de nuestro país.

Acción de protección No. 055/2009

a) Hechos: La madre de un menor con discapacidad visual señaló que, a principios del año lectivo 2009-2010, realizó una solicitud al Colegio Nacional Mixto “Técnico Ecuador” para que se le concediera a su hijo matrícula en el 8° año de educación básica. A dicha solicitud de matrícula, que fue discutida en sesión del Consejo Directivo del Colegio, el vicerrector de la institución se opuso, pues indicó que, al ser el establecimiento apto para *personas normales*, no existiría la posibilidad de aceptarlo al ser el menor uno especial, por lo que tenía, si quería educarse, que ir a la ciudad de Loja, en donde sí existía establecimientos educativos para niños especiales. No obstante, por resolución de mayoría adoptada por el Consejo Directivo, se lo aceptó.

Luego, durante el transcurso del primer trimestre, el mencionado vicerrector fue profesor de su hijo en la materia de Lenguaje y Comunicación, espacio donde continuó con su actitud discriminatoria, pues no le recogía los deberes porque, según él, no podía recibirlos en sistema braille en que los presentaba el menor. Así mismo, en clase, delante de los demás compañeros, había procedido a aislarlo, a no tomarlo en

cuenta y a decirle cuando solicitaba la participación de los alumnos: “vos no, vos no puedes”, causándole inseguridad, malestar y daño psicológico al niño. En razón de que el profesor no le recibía los trabajos directamente al niño, la madre del menor procedió a hablar con el profesor y a dejarle personalmente los deberes, de los cuales el profesor se llevó dos y hasta esa fecha no se sabía la calificación de estos.

Por último, la actora indicó que, unos quince días antes de finalizar el trimestre, a petición de ella, su hijo fue cambiado de paralelo y, por ende, de profesor, pero al recibir la nota final del primer trimestre en la indicada materia tenía diez puntos sobre veinte (10/20), sin que existieran calificaciones parciales que la sustentaran. Tras haber preguntado al actual profesor, este le supo indicar que el anterior profesor le había proporcionado esa nota y que lo único que él hizo fue pasarlas a Secretaría para que se pudiera hacer la entrega de las libretas de calificaciones.

El juez de primera instancia, al aceptar la acción de protección planteada, dispuso como reparación integral:

1. Se declara nula la resolución impugnada, esto es la libreta de calificaciones que obra a fs. 42 del expediente y del acta del octavo año de educación básica que obra a fs. 39 a 41;
2. Que el rector del Colegio Mixto “Técnico Ecuador”, de la parroquia 27 de Abril del cantón Espíndola en el término de ocho días conforme una comisión para que proceda a la recalificación de la nota del primer trimestre del presente año lectivo de la asignatura de Lenguaje y Comunicación y que corresponde al alumno (...) del 8 año de educación básica;
3. Se dirija oficio al señor Alcalde del cantón Espíndola, en calidad de Presidente de la Junta Cantonal de la Niñez y Adolescencia a fin de que adopte las medidas de protección en beneficio de todas las niñas, niños y adolescentes con discapacidades;
4. Oficiese a la Dirección de Educación Provincial de Loja a fin de que proceda a dar cursos de capacitación al personal docente del Colegio Mixto “Técnico Ecuador” con temas relacionados a Técnicas y Metodologías a aplicar en la educación de estudiantes que padecen de discapacidades;
5. Oficiese a la Dirección Provincial de Educación de Loja para que garantice el pleno ejercicio del derecho de educación del niño (...) y para todos los niños con discapacidad del cantón Espíndola; y,
6. Oficiese al Rector del Colegio Mixto “Técnico Ecuador” a fin de que convoque una reunión de padres de familia y alumnos para que en forma pública haga conocer la presente resolución. Sin costas ni honorarios que regular (...).

En apelación la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Loja reformó la sentencia y, a más de lo dispuesto por el juez de primera instancia, ordenó en concepto de reparación material el pago de trescientos dólares por honorarios profesionales que la madre tuvo que sufragar para poder reivindicar los derechos de su hijo.⁹⁰

90. LOGJCC, art. 18, inc. 2.

b) *Análisis:* Para determinar que en el presente caso se vulneró el principio de igualdad y no discriminación se dará respuesta a las siguientes interrogantes:

- i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todos los menores estudiantes con alguna *capacidad especial* que se educaban en el colegio, pues: “Las personas y los grupos sociales tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia los inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza”. *En este caso*, al no existir en el colegio ningún otro menor con capacidad especial estudiando, precisamente por las consideraciones inicialmente expuestas por el vicerrector para negarle la matrícula al hijo de la accionante, debieron tomarse las correspondientes medidas pedagógicas y metodológicas para que la diferencia existente con el resto de sus compañeros de estudio no lo descaracterice y lo termine distinguiendo arbitrariamente respecto de estos, privándolo de la posibilidad de educarse.
- ii) ¿Igualdad en qué? En el derecho a acceder a la educación al igual que sus demás compañeros: entre otras cosas, que le sean recibidos los deberes y sea tenido en cuenta a la hora de aprender y participar en clase sin ningún prejuicio, preferencia o distinción; así como obtener notas conforme a parámetros evaluativos objetivos fundamentados y no en criterios subjetivos justificados en su diferencia con respecto de los demás alumnos.
- iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la metodología adoptada por el profesor con respecto del hijo de la actora? Totalmente arbitraria, pues el no haber fundamentado la nota final con los parámetros que el profesor utilizó para la evaluación de los demás alumnos, el no quererle dar respuesta a las solicitudes de la actora, el no recibirle los deberes al niño porque él los llevaba en lenguaje braille e ignorándolo cuando este le pedía que se los recibiera, denotan el prejuicio y distinción que, debido a su posición de superioridad, tomó con el niño, degenerando en una situación de *indefensión* y sometiéndolo ante la imposibilidad de una reacción que hiciera cesar el hostigamiento.

c) *Conclusión:* En este caso era el profesor quien tenía que adaptarse a la forma de presentar los deberes, lecciones, etc., del menor, mas no al revés; por lo que se tenía que buscar la metodología adecuada para que este pudiera aprender de igual forma que los demás. El no coadyuvar a que el menor se integre en la sociedad y sea apreciado por esta, sino más bien al utilizar su posición de profesor-docente, intentando e incentivando su deserción, atentó gravemente contra su derecho a la educación y su dignidad, actitud que indudablemente dejó en entredicho lo que en la comunidad sucedía con el resto de menores que se encontraban en las mismas circunstancias.

Mediante la tutela de los derechos del menor y las medidas reparatorias dispuestas por parte de las dos instancias judiciales, se estableció un buen precedente para

que no se vuelvan a repetir estos hechos y continúe agravándose esta situación social, teniendo en cuenta que en la parroquia “27 de Abril” este centro de estudios es el único que existe y no hay otro menor en estas condiciones educándose, lo cual no significa que no existan en el lugar más niños con capacidades especiales.

CONCLUSIONES

Bobbio decía: “Se desea la libertad mientras no se tiene aun el poder. Cuando se tiene el poder, se desea el predominio; si no se consigue (si todavía se es demasiado débil para ello), se desea la justicia, o sea, un poder parejo”.⁹¹ Precisamente, con estos deseos de justicia, o sea de igualdad, es que, al reivindicar los principios de dignidad humana, igualdad sustancial o real y supremacía constitucional, los derechos constitucionales y los previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos se han convertido en un freno al poder que detentan los particulares en la sociedad.

Resulta evidente que los efectos de la constitucionalización del derecho privado mediante el efecto directo, indirecto y el deber de protección de los derechos constitucionales frente a particulares, existentes en nuestro ordenamiento jurídico, no son distintos sino complementarios, dando como resultado en su conjunto accionar que la línea fronteriza entre el derecho público y el derecho privado se invisibilice.

En esta línea, la acción de protección frente a particulares constituye, sin duda, un eslabón más de la constitucionalización del derecho privado, la cual tiene a la dignidad humana y a los principios *pro homine* y de igualdad material, así como de supremacía constitucional, como su fundamento. Esta garantía ha sido creada teniendo en cuenta que en la sociedad se han desarrollado poderes fácticos, incluso algunos más fuertes que el propio Estado, como lo son las empresas transnacionales. Su objetivo es controlar la conculcación de derechos que se produce por el despliegue arbitrario de poder que un particular ejerce sobre otro debido a una determinada situación fáctica de supremacía que ostenta.

Estas situaciones fácticas están previstas tanto en la Constitución como en el art. 41, núm. 4 de la LOGJCC y se dan cuando los particulares: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoquen daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión, frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; y, d) Se produzca cualquier acto discriminatorio en contra de una persona. En un solo caso pueden presentarse una o más de estas situa-

91. Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, p. 132.

ciones fácticas a la vez y su resolución implicará siempre entrar a ponderar una colisión o choque de derechos constitucionales que se da entre dos sujetos de protección.

En tal sentido, se vuelve necesario aclarar el mito de que no se puede accionar una garantía constitucional contra la ejecución de un contrato, que se desarrolló con la vigencia de la *acción de amparo constitucional* y que hoy fácilmente se confunde con la *acción de protección*. En realidad, generalmente es así, pero existen excepciones, pues, los derechos constitucionales no son disponibles ni siquiera mediante contrato, ya que tienen la característica de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes, por lo que el juez constitucional tiene la obligación excepcional de intervenir para alterarlos si halla que la ejecución del mismo es contraria a los derechos.

Así, imaginemos que en un contrato laboral se establece la renuncia del trabajador a la seguridad social a la cual tiene derecho, y, luego, tras sufrir un accidente laboral, el empleador esgrime que en el contrato se ha estipulado tal renuncia y que, por lo tanto, no tiene por qué asumir los costos que impliquen la atención y la recuperación de su empleado. Si esto se diera, esta cláusula sería nula porque sería contraria a la norma constitucional,⁹² debiendo, en consecuencia, declararse la conculcación del derecho a la seguridad social y a la salud del trabajador por parte del empleador. Por lo tanto, nada es absoluto y, en consecuencia, cada caso tendrá que ser apreciado conforme a sus peculiaridades. La justicia ya no es abstracta sino concreta.

Al efecto, se volverá necesario para que la garantía sea eficaz y efectiva que no se siga confundiendo la justicia civil con la justicia constitucional; la primera es conmutativa y, por ende, parte de la premisa de que la relación existente entre las partes en conflicto se da o se ha dado en igualdad de condiciones; y la segunda es distributiva, pues el juez, como parte del deber del Estado de hacer respetar los derechos, interviene para nivelar la desigualdad existente en la relación y hacer cesar o reparar los derechos que fruto de esta se han conculcado o están vulnerándose en la parte débil. Así mismo, los jueces, en virtud de la Constitución garantista que hemos adoptado, deberán estar políticamente comprometidos con los derechos, pues deben ser activistas en pro de su defensa y de su integralidad para, así, ir superando la utilización del tenor literal de la norma legal para desconocerlos y dejar en la indefensión y a merced de la *mano invisible* a los ciudadanos.

Se considerará muy importante la iniciativa y creatividad del juez cuando ordene en sentencia la reparación integral del daño, pues lo que hasta hace poco nos podía parecer imposible o insignificante –por ejemplo: ordenar a una empresa particular la restitución de un empleado a su puesto de trabajo como medida reparatoria por haberlo discriminado; ordenar que la sentencia que declara la vulneración de dere-

92. Constitución 2008, art. 34.

chos sea exhibida en lugar público visible de la institución demandada para que todos puedan observarla; ordenar que la sentencia sea leída en una reunión de todos los miembros de la institución convocada para el efecto; ordenar como pena las disculpas públicas–, ahora es posible.

La tarea no es sencilla. La actuación de los jueces constitucionales de primera instancia, que son la base de funcionamiento del sistema constitucional, así como la definición que realice la Corte Constitucional en la revisión de sentencias y unificación de jurisprudencia, van a jugar un rol decisivo, pues de nada servirá el logro obtenido con la positivización de todas estas garantías y derechos contenidos en la Carta Magna si no se aplican o se restringen por quienes les corresponde aplicarlas –los jueces–, quienes, inevitablemente para bien o para mal, tendrán que emprender en la tarea de llenar de contenido las causales de justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares: subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión; significados que hasta ahora siguen vacíos.

Para esto se necesitará la constante vigilancia de los actores de la sociedad para no volver a repetir la historia sucedida con nuestro ex Tribunal Constitucional, así como que las instituciones como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las facultades de las universidades, los institutos nacionales, etc., actúen en diferentes acciones de protección en calidad de amigos del tribunal-*amicus curiae*, conforme lo permite el art. 12 de la LOGJCC, ya que su aporte doctrinario constituirá una guía que orientará el debate y, en consecuencia, se observen y respeten los derechos, correspondiendo a todos nosotros organizarnos para exigir por todas las formas posibles su cumplimiento, pues, como lo dijo Carlos Cossio: “quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”⁹³ dando por hecho que las normas constitucionales que garantizan derechos valen por su efectividad y no por su existencia.

93. Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 10.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del estado”, en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2008.
- “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en Ramiro Ávila, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Bobbio Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18/03.
- Courtis Christian, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, No. 42, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.
- De Vega García, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la Drittwirkung der Grundrechte”, en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/685/19.pdf>], acceso: 15-09-2010.
- Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Estrada, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, resolución s/n publicada en el *Registro Oficial* No. 378 de julio del 2001, mediante la cual se interpretó la Ley de Control Constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, restringiendo legislativamente su alcance y eficacia.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
[<http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro5/rebeca%20smith.pdf>], acceso: 17.09.2010.
- Herrendorf, Daniel, *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

Mendoza Escalante, Mijaíl, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, p. 3, en: [<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontal.der.und.pdf>], acceso: 22-09-2010.

Mijangos y González, Javier, *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 599, en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional200717&dsID=doctrina_drittwirkung.pdf], acceso: 21-09-2010.

Resoluciones del ex Tribunal Constitucional del Ecuador.

Sánchez, Gonzalo, “Acerca de la Justicia en Santo Tomás de Aquino”, en: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo_790_1102/rev28_sanchez.pdf], acceso: 07-11-2010.

Saraza Jimena, Rafael, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008.

Smith, Rebecca, “Derechos Laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”, pp. 5 y 6, en: UNED, “Aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales”, en: [www.uned.es/dpto.../aspectos%20introduccion%20historica.doc], p. 19, acceso: 23.09.2010.

Cuerpos normativos

Código Civil del Ecuador.

Constituciones de la República del Ecuador 1998 y 2008.

Fecha de recepción: 4 de abril de 2011
Fecha de aprobación: 12 de julio de 2011

Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Gustavo Medinaceli Rojas**

RESUMEN

En este artículo se analizará la posibilidad del Tribunal Constitucional Plurinacional de aplicar, como criterio de interpretación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma preferente a la voluntad del constituyente boliviano como otro criterio de interpretación dispuesto expresamente. A ese efecto se tendrá en cuenta el rol de la interpretación constitucional y su relación con las normas internacionales de derechos humanos; el análisis de la posición jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico boliviano; el efecto de la jurisprudencia de la Corte en la protección de derechos humanos; y el análisis de esta jurisprudencia en relación con la voluntad del constituyente como criterios de interpretación.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, voluntad del constituyente, criterios de interpretación, derechos humanos.

SUMMARY

This paper will explore the possibility that the Bolivian Plurinational Constitutional Court has to apply as a criterion of interpretation the case law of the Inter-American Court of Human Rights, preferentially to the Bolivian Constituent' control as another criterion of interpretation expressly provided.

To that effect, the role of constitutional interpretation is taken into account as well as its relationship with international human rights standards; the analysis of the legal position of the case law of the Inter-American Court of Human Rights in the Bolivian legal system; the effect of the Court's case law on the protection of human rights; and the analysis of this case law in relation to the control of the Constituent as criteria for interpretation.

KEY WORDS: Inter-American Court of Human Rights, case law, control of the Constituent, interpretation criteria, human rights.

FORO

* Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La concepción moderna del Derecho en los ordenamientos jurídicos se caracteriza por su constitucionalización, esto último significa el sometimiento efectivo del poder político (Legislativo, Judicial y Administrativo) y de las normas jurídicas, a los postulados de la Constitución Política del Estado. A partir de ello, ocurre ciertamente que, a pesar de ser la Constitución una norma jurídica, sus distintas disposiciones están compuestas por principios y valores que necesitan ser precisados mediante interpretaciones,¹ para lograr un efectivo sometimiento a la ley suprema.

Encontramos, entonces, que estas precisiones son realizadas por el órgano judicial a través de los más altos tribunales de interpretación constitucional. En el caso boliviano esta facultad interpretativa está atribuida al Tribunal Constitucional.² Asimismo, a la par de esta tarea interpretativa han sido también muchos los intentos para someter las decisiones constitucionales a determinadas reglas para evitar la arbitrariedad y subjetividad en la tarea del último intérprete de la Constitución.

En ese orden de ideas, se tiene presente que en Bolivia se ha aprobado una nueva Constitución, en la que el constituyente, en el intento de reglamentar la amplia facultad interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCPlnal.), determinó en el art. 196 de la referida norma que en “su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

De otro lado, en muchas ocasiones interpretar y aplicar la Constitución de un Estado conlleva interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente respecto de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, las cuales son interpretadas tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos, e incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados para asegurar la aplicación de la norma internacional.³

-
1. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, “Interpretación Constitucional y Alquimia Constitucional. El Arsenal Argumentativo de los Tribunales Supremos”, en *Justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Grupo Editorial Kipus, 2003, pp. 177-199.
 2. Sobre la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional boliviano cfr. José Antonio Rivera Santiváñez, “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”, en *Justicia constitucional y Estado de Derecho*, Memoria No. 7 del Tribunal Constitucional Boliviano, Sucre, Grupo Editorial KIPUS, 2003, pp. 55-77.
 3. Sobre la importancia de incluir las normas internacionales sobre Derechos Humanos como criterios de interpretación constitucional cfr. Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI/Instituto de Investigaciones de la UNAM/Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.

Habrá entonces que recordar que Bolivia, mediante Ley 1439 de 11 de febrero de 1993, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de conformidad con los arts. 45 y 62 de la misma Convención, reconociendo de forma obligatoria de pleno derecho e incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esto último nos llevará a pensar que el TCPlnal., al ser el supremo intérprete de la Constitución, según el art. 196 de la referida norma, estará posibilitado de realizar interpretaciones tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos antes aludida, como también tendrá luz verde para considerar la jurisprudencia de la Corte IDH, en su tarea interpretativa.

Si bien lo último se enmarca claramente dentro un sano razonar, es posible que surjan algunos inconvenientes a la hora de aplicar la NCPE; pudiendo, con ello, generar determinados conflictos jurídicos y políticos. Ello se debe a lo dispuesto en el art. 196.II antes citado, ya que es clara la preferencia que debe considerar el TCPlnal. a la hora de realizar su tarea interpretativa. Habrá entonces que considerar los siguientes cuestionamientos para el desarrollo del presente ensayo: ¿podrá el TCPlnal. aplicar como criterio de interpretación la CADH?; en su función interpretativa, ¿podrá el último intérprete de la Constitución, aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, preferentemente a la voluntad del constituyente?; ¿podrá el Tribunal fundamentar la constitucionalidad de una acción, o bien la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH?

Con ese conjunto de interrogantes habrá que determinar si el resultado de la interpretación desarrollada y contenida en la jurisprudencia de la CIDH es vinculante y fuente directa del Derecho en el nuevo constitucionalismo boliviano.

En ese ámbito de dudas, este ensayo pretende contribuir con algunos elementos de juicio para el análisis, reflexión y debate sobre el tema de interpretación constitucional con relación a la jurisprudencia de la CIDH. A ese efecto, consciente de la complejidad del tema, se analizarán los aspectos básicos para extraer algunas conclusiones.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHO HUMANOS

Para entender adecuadamente el tema planteado resulta imprescindible señalar que la importancia de la interpretación constitucional deriva, en primer lugar, de su propio objeto, es decir de la misma Constitución por ser la primera norma del ordenamiento jurídico; en otros términos, la tarea interpretativa de la Constitución deriva

de la importancia cualitativa de la norma fundamental, al establecer valores y principios constitucionales, derechos y garantías fundamentales como límites al poder político del Estado. Así, la interpretación constitucional es aquella actividad desarrollada para averiguar el sentido o significado de la Constitución, ya que para que cumpla con su función debemos saber cuál es su sentido o significado de sus palabras. Es decir, que la aplicación de la Constitución supone la averiguación del efecto previsto en la misma.

Tanto la ley como la Constitución, dotadas ambas de fuerza normativa vinculante, representan solo una etapa del proceso de concretización del Derecho. El hecho de que cada supuesto concreto en el que una determinada disposición ha de ser aplicada requiere una interpretación particularizada de la misma, esta interpretación da lugar a un proceso que no se limita a explicar el enunciado normativo, considerado de manera abstracta, sino que lo transforma en regla concreta de decisión.⁴

Según Néstor Pedro Sagüés, la interpretación constitucional es “averiguar el sentido de un precepto constitucional, o encontrar a la norma constitucional verdadera o mejor, cuando ella no es fácil de detectar, o cuando una misma regla constitucional permite varias interpretaciones”.

En ese contexto la interpretación constitucional tiene como objetivo lograr que mediante la Constitución formal se haga presente la Constitución material, adecuando las normas de esta a los cambios que se generan en el ámbito jurídico, social, económico y político, sin que por ello se desvirtúe la esencia de sus normas; lograr la estabilidad y permanencia de la Constitución será en resumen el objetivo inmediato de la interpretación constitucional.

Pero no hay que dejar de lado que el problema mayor en la tarea interpretativa es que la Constitución y la norma en general no son mandatos aislados. Se producen en un determinado contexto, tienen una determinada sede material, están dentro de determinado sistema inmediato, con una especial proximidad respecto de otros preceptos cercanos y forman parte de un determinado sector del ordenamiento, de un sector jurídico concreto.⁵

Por ello, en muchas situaciones interpretar la Constitución, implica interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente con normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, y en las que para interpretarlos se recurre a normas internacionales sobre derechos humanos, e incluso a la jurisprudencia de los

4. Cfr. Claudia Storini, *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 31.

5. Cfr. Juan José Solozabal Echavarría, “Notas sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 69, Madrid, julio-septiembre 1990, pp. 175-188.

órganos jurisdiccionales creados para asegurar la aplicación de la referida norma internacional.⁶ Ello quiere decir que la Constitución será interpretada a partir de normas internacionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Por esa razón, entre los muchos fundamentos de la tarea interpretativa, encontramos el que parte por considerar al sistema constitucional de un Estado como un orden normativo que, además de la Constitución, está integrado por disposiciones constitucionales de Derecho Internacional de los derechos humanos, formando un verdadero bloque de constitucionalidad.⁷ Entonces, cuando se presentan omisiones normativas en determinados casos concretos se realiza la interpretación constitucional para integrar las disposiciones constitucionales.⁸

Dentro ese orden de ideas será imprescindible identificar a ese tipo de interpretación como *interpretación sistemática*; esta permite desentrañar una disposición normativa o varias de ellas según el significado prescrito por un determinado sistema jurídico, entendiendo que un sistema indica una conexión organizada en relación a un orden, como resultado de la interpretación. Las normas que conforman un orden normativo están relacionadas entre ellas, por ello la interpretación de una norma es necesariamente sistemática, ya que dicha interpretación tendrá como resultado la sistematicidad del ordenamiento.

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Con lo anotado hasta ahora, habrá que definir si los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del sistema jurídico boliviano; determinar el rango constitucional de los mismos en el ordenamiento; para, posteriormente, determinar si corresponde que el intérprete máximo de nuestra Constitución pueda realizar su labor a partir de los resultados de la interpretación de tratados internacionales sobre derechos humanos; de ese resultado responderemos si será posible que el TCPlnal. pueda interpretar la Constitución a partir de la CADH.

6. Cfr. Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho".

7. Sobre el alcance y contenido del bloque de constitucionalidad cfr. Francisco Rubio Llorente, "El Bloque de Constitucionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 27, septiembre-diciembre 1989, pp. 9-37, nos presenta el autor, aunque muy ligado al desarrollo de las autonomías españolas, un desarrollo doctrinal sobre el contenido del bloque de constitucionalidad y los efectos que tienen las normas del bloque en la aplicación judicial del Derecho. Por otro lado, con mucha más exactitud puede cfr. Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Bogotá.

8. Cfr. José Antonio Rivera Santiváñez, "La interpretación constitucional y su vinculatoriedad", pp. 55-77.

Para el referido análisis debemos remitirnos al art. 410 de la Constitución, que establece lo siguiente:

La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado; 2. Los tratados internacionales; 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena; 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.⁹

Aparte de establecer principios importantes como el de supremacía constitucional y el de jerarquía constitucional, el mismo artículo determina de cierta manera el contenido del bloque de constitucionalidad, lo que merece nuestra atención.

Dicha expresión es utilizada por la Constitución de forma expresa y únicamente en el artículo anotado, disponiendo que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sean parte del contenido del bloque de constitucionalidad, siempre que sean ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Se puede apreciar que la voluntad del constituyente fue elevar las normas referidas a rango constitucional, cuyo respeto se debe imponer ante la ley y ante cualquier otra disposición normativa. Por ello, entre las normas internacionales con rango constitucional se encuentra la CADH, ya que forma parte del mismo bloque de constitucionalidad, al ser norma internacional sobre derechos humanos, lo que deriva a que se puede imponer su respeto ante la misma ley y las demás normas jurídicas.

Dicha disposición puede pasar por innecesaria ya que la misma Constitución en el mismo artículo establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, resultando innecesario elevar a rango constitucional normas que tienen su propia jerarquía en el sistema constitucional, aunque, si bien por debajo de la misma Constitución, cabe resaltar que se encuentran por encima de las leyes y demás disposiciones normativas, otorgándoseles un sitial privilegiado en el sistema jurídico boliviano.¹⁰

9. Constitución de la República de Bolivia de 2009, art. 410.

10. Para esa misma posición cfr. Louis Favoreu, "El bloque de constitucionalidad", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5, Madrid, enero-marzo 1990, infiere –el autor– que entre las normas no incluidas en el bloque de constitucionalidad están las normas internacionales, por encontrarse en una autoridad superior al de las leyes ordinarias.

Corresponde, ahora, determinar si el TCPlnal. puede interpretar la nueva Constitución a partir de la CADH y, para ello, debemos recordar que la Convención fue ratificada mediante Ley 1439 de 11 de febrero de 1993. Asimismo, debemos tener en cuenta el art. 410.II, y el art. 13.IV de la NCPE, que determina que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

A partir de ello resulta sencillo determinar que el TCPlnal. puede utilizar como parámetro de interpretación la CADH, ya que las referidas disposiciones abren el camino para que el Tribunal, en su función de interpretación y aplicación de las normas constitucionales que reconozcan derechos, considere las normas internacionales sobre derechos humanos como marco de interpretación. Esto implica que en particular, la CADH sí puede y debe ser considerada como criterio para interpretar la NCPE, en lo que respecta a la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos por la misma norma fundamental.

Es importante resaltar que el Tribunal, al utilizar como parámetro de interpretación a la CADH, está indirectamente dando aplicación al Convenio, cumpliendo de esa forma con la protección primaria de los derechos humanos, que realiza conjuntamente con todos los tribunales internos, e implica que estos en conjunto tienen la competencia y la responsabilidad de conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos y en concreto de la CADH.¹¹ “No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales [es decir, por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos] cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos”.¹² Estos casos de supervisión pueden suscitarse, por ejemplo, cuando una decisión judicial interna haya dado una interpretación incorrecta del tratado sobre derechos humanos, lo cual podrá configurar responsabilidad internacional del Estado.

En ese sentido es posible que los órganos de supervisión internacional se ocupen de controlar la compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales. Por lo tanto, acá ingresa a consideración, por parte de los tribunales internos, la jurisprudencia de la CIDH, para buscar el sentido

11. Antonio Augusto Cançado Trindade, *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica Chile, 2006, p. 276.

12. *Ibid.*, p. 276.

más acertado en la tarea de interpretar la CADH y evitar contradicciones o mala aplicación del Convenio.

EL EFECTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Recordemos que, como medios de protección de los derechos reconocidos en la CADH, se han implementado dos órganos con diferentes competencias, entre ellos la CIDH, que, de manera general, tiene la competencia de conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes, y de forma particular la Corte tiene competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de la referida Convención, siempre y cuando se reconozca como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la misma Corte sobre tales temas. En ese sentido, el Estado boliviano dispuso la aprobación y ratificación de la CADH, reconociendo al mismo tiempo de forma obligatoria e incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la CIDH.

Aclarado que la CADH forma parte del bloque de constitucionalidad, y que puede ser criterio para la interpretación de derechos consagrados en la Constitución, habrá que analizar si la jurisprudencia de la CIDH puede ingresar en la consideración del TCPlnal. al momento de interpretar y aplicar disposiciones constitucionales que reconozcan derechos fundamentales, o, simplemente, será un instrumento de carácter consultivo para dicho Tribunal sin valor jurídico o eficacia alguna. Ello nos obliga a determinar el valor de dicha jurisprudencia en el sistema constitucional boliviano en el marco de la NCPE.

La calidad de la jurisprudencia de la Corte es un tema que no se encuentra regulado en la misma Constitución, pero, de una interpretación contextualizada de la misma y a partir de un viable razonar jurídico, podemos aseverar que la jurisprudencia de la Corte sí debe ingresar como criterio de interpretación en la tarea hermenéutica del TCPlnal. al igual que la misma CADH. El razonamiento que nos lleva a aseverar ello es sencillo. Los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia tienen valor constitucional ya que forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Al mismo tiempo la Constitución ordena que las normas de tratados internacionales de derechos humanos sirvan de parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales que incluyan derechos fundamentales. Ahora bien, algunas de estas normas internacionales tienen como interés

prete a la CIDH. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones al ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana.¹³

En este sentido, nos introducimos al Derecho comparado, y, de manera auxiliar, podemos indicar que Colombia tiene similar disposición constitucional sobre los tratados internacionales de derechos humanos,¹⁴ lo que nos permite anotar lo expresado por su Corte Constitucional que se adecua perfectamente al tema tratado: “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que las jurisprudencias de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.¹⁵

Igualmente, la doctrina desarrollada por la CIDH a través de su jurisprudencia, tiene un valor relevante en el sistema constitucional boliviano, por lo que tiene un asemejado valor jurídico que la CADH. En consecuencia, el TCPlnal. debe interpretar y aplicar las normas constitucionales que reconozcan derechos fundamentales a partir tanto de la Convención como de la jurisprudencia que desarrolla la Corte Interamericana.

13. Imagen expresada en la consideración de la jurisprudencia de la CIDH dentro el ordenamiento jurídico colombiano. Cfr. Jaime Córdoba Triviño, “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional colombiano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p. 667.

14. Art. 93 de la Constitución colombiana: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Pero también definen los parámetros de adopción de las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno colombiano, los arts. 9, 94, 53, 102 y 214 de la misma norma fundamental, según su Corte Constitucional, en Sentencia C-067 de 4 de febrero de 2003.

15. Sentencia C-010/00. En el mismo sentido véase las Sentencias C-406/06, T-568/99 y T-1319/01, todas de la Corte Constitucional colombiana.

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE *VERSUS* VOLUNTAD DEL CONSTITUYENTE

Si la CADH y la jurisprudencia de la Corte son criterios relevantes en la tarea interpretativa del TCPlnal., dónde se ubicará la voluntad del constituyente, como criterio de interpretación preferente, que ordena se aplique la misma Constitución.¹⁶ Nos queda, por tanto, absolver si el mismo intérprete de la Constitución podrá aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH preferentemente a la voluntad del constituyente como un distinto criterio de interpretación.

Para este análisis es pertinente mencionar previamente la estrecha relación entre la CADH como norma internacional de derechos humanos y la jurisprudencia que establece la CIDH, en el sentido de que ambas fuentes de derecho no se las puede concebir de forma separada, ya que, para aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte, se debe tener presente la aplicación previa de la CADH y viceversa, siendo que esta última es la norma sustantiva que reconoce derechos humanos y es a partir de ella que el órgano encargado de su interpretación generará la doctrina pertinente sobre los alcances de la referida norma internacional.

A partir de estas premisas señalamos que de una tarea interpretativa de la Constitución se puede probar que la voluntad del constituyente ha sido otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos un valor relevante en el ordenamiento jurídico boliviano,¹⁷ en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, ya que el mismo constituyente ha dispuesto normas de gran trascendencia, como los arts. 13.IV y 410.II de la NCPE, ya anotados. El primero dispone la obligación de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el segundo artículo establece que las mismas normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Con ello se nota la relevancia que ha tenido para el constituyente las normas internacionales sobre derechos humanos; lo que nos permite afirmar que la voluntad del constituyente para definir e interpretar los derechos

16. El art. 196 de la NCPE determina que en: “Su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

17. El impacto de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en las Constituciones recientes ha generado este tipo de disposiciones, lo cual muestra que la nueva realidad en el plano internacional provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados, generando un nuevo constitucionalismo de apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Cfr. Antonio Augusto Cançado Trinidad, *El Derecho internacional...*, pp. 272-275.

reconocidos en la Constitución, ha sido precisar como parámetro de interpretación los mismos tratados que reconozcan derechos humanos, ingresándolos como parte del sistema jurídico constitucional.

Ello implica que en la aplicación de los derechos y deberes consagrados en la norma fundamental, el constituyente ha definido dejar de lado su voluntad, como criterio de interpretación, para que los mismos sean interpretados según el espíritu de las normas internacionales sobre derechos humanos, condicionando ello a que fuesen ratificados por el Estado boliviano. De ahí que surge la legitimidad de dichas normas en el constitucionalismo boliviano.

Habiendo definido que en materia de derechos humanos la voluntad del constituyente queda apartada como criterio de interpretación constitucional, en mérito a su propia decisión,¹⁸ queda claro, entonces, que el máximo intérprete de la Constitución tiene luz verde para interpretar los derechos fundamentales de conformidad a la CADH. En ese mismo sentido se debe tener en consideración que existe un órgano con la plena competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, cuyo resultado genera jurisprudencia que crea doctrina en la materia, y que de cierta forma es vinculante en el sistema jurídico boliviano.

Así, en el entendido que la CADH y la jurisprudencia de la CIDH son algo inseparable a los efectos de interpretación y aplicación, y según todo el argumento ya desglosado anteriormente es que se logra también determinar que la jurisprudencia de la Corte, puede ser aplicada como criterio de interpretación de manera preferente, a la voluntad del constituyente, debido al valor constitucional que tienen los derechos humanos y el rol que juega el mismo dentro la tarea de interpretación de los derechos y deberes que consagra la Constitución. Asimismo, otro argumento que refuerza la aceptación de la jurisprudencia como criterio de interpretación es el uso de una de las formas de interpretación constitucional, denominada *interpretación sistemática*, en el entendido de que esta permite concebir una conexión que no es causal sino organizada en relación a un orden. Lo que permite dar un encuentro entre la Constitución, la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, para definir de una forma adecuada los criterios que deben usarse para la interpretación de derechos fundamentales en el sistema jurídico boliviano, que, más que averiguar la preferencia de criterios de interpretación, debe buscarse la mejor y más favorable interpretación para la persona que exige la aplicación de sus derechos y deberes constitucionales, entrando en conexión con la interpretación *pro homine*.¹⁹

18. Decisión que se refleja en el art. 13.IV de la NCPE.

19. Sobre el criterio de la primacía de la norma más favorable ver Antonio Augusto Cançado Trindade, *El Derecho internacional...*, p. 310.

Por otro lado, es igual de relevante definir que el TCPlnal. podrá fundamentar la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación tanto la CADH como la jurisprudencia de la CIDH, siempre y cuando la declaratoria de inconstitucionalidad esté fundamentada en la vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la misma Constitución, en virtud de que el Tribunal está plenamente posibilitado a interpretar los derechos, considerando la CADH, y la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana, ya que ello sería lo más acorde con el espíritu de las normas constitucionales, y que a la vez reflejan la voluntad del constituyente en materia de protección de derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Debemos señalar la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional boliviano, y, específicamente, la relevancia de la CADH en cuanto criterio de interpretación para nuestro TCPlnal. Y no podemos dejar de mencionar el rol que debe tener la jurisprudencia de la CIDH en el ordenamiento jurídico en cuanto a la interpretación constitucional, ya que con su aplicación como instrumento de interpretación se hace realidad la presencia de la misma Convención en el ordenamiento, siendo que expresa la doctrina de un órgano competente, que tiene por tarea principal aplicar e interpretar la CADH.

Como resultado de todo ello podemos confirmar que la CADH sí puede ser un criterio de interpretación; que la jurisprudencia de la CIDH puede ser aplicada como un parámetro de interpretación de forma preferente en virtud de la misma voluntad del constituyente, por la forma en que ha estructurado el tema de aplicación e interpretación de derechos fundamentales. Y, por último, es claro que el TCPlnal. puede declarar la concesión de una acción de defensa de derechos o bien declarar la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, siempre que los fundamentos estén destinados al desarrollo y protección de derechos fundamentales.

Con ese conjunto de análisis podría aseverarse que, con el tema de aplicación e interpretación de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser aplicada de forma vinculante en el ordenamiento jurídico, debido al trato que ha dado el constituyente a los tratados y convenios sobre derechos humanos y a la fuerte conexión que existe con la CADH.

Y en esa medida ingresa la interpretación sistemática como instrumento para reforzar y complementar el papel que debe jugar la jurisprudencia de la Corte en el ordenamiento jurídico, a fin de lograr una verdadera sistematización entre el derecho interno y el derecho internacional en lo que respecta a los derechos de las personas.

Esas son algunas de las conclusiones que se pueden anotar del presente ensayo, que tratan de contribuir con algunos elementos de juicio, ante la presencia de una NCPE, que sin lugar a dudas ayudará al análisis, reflexión y debate sobre el tema; reconociendo a la vez la complejidad del tema y los muchos puntos que deben ser desarrollados ya en un trabajo mucho más prolijo y detallado.

BIBLIOGRAFÍA

- Caçado Trinidad, Antonio Augusto, *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica Chile, 2006.
- Castillo Córdova, Luis, *El derecho fundamental a un juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre el Tribunal Constitucional Español*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [www.juridicas.unam.mx].
- Córdoba Triviño, Jaime, “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- Favoreu, Louis, “Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5, enero-marzo 1990.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 17, Madrid, Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política de la UNED/Departamento Filosofía de la UAM, 2001.
- Pinto, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Rey Cantor, Ernesto, “El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, No. 2, Chile, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Talca, 2006.
- Rivera Santiváñez, José Antonio, “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”, en *Justicia constitucional y Estado de Derecho*, Memoria No. 7 del Tribunal Constitucional Boliviano, Sucre, 2003.
- Rubio Llorente, Francisco, “El Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 27, septiembre-diciembre 1989.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Interpretación Constitucional y Alquimia Constitucional (El Arsenal Argumentativo de los Tribunales Supremos)”, en *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Tribunal Constitucional de Bolivia, 2003.
- Solozabal Echavarría, Juan José, “Notas sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 69, julio-septiembre 1990.

Storini, Claudia, *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, s/d.

Normas

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención. Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados OEA No. 36. Registro ONU 27/08/1979 No. 17955.

NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, República de Bolivia, Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, febrero 2009.

LEY 1439 de 11 de febrero de 1993. Honorable Congreso de la República de Bolivia.

Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2010

Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2011

Democracia procedimental con enfoque intercultural. Una asignatura pendiente para el Estado de Derechos

*Diego Zambrano Álvarez**

RESUMEN

El presente trabajo pretende evidenciar cómo la democracia de los estados plurinacionales, como Ecuador, si bien ha realizado avances importantes en cuanto a la universalización de la participación política dentro de un sistema democrático, ni siquiera se ha planteado la posibilidad de pluriculturalizar los mecanismos por los que se manifiesta la voluntad popular. El hecho de contar con un único sistema electoral, estatal y construido a partir de un enfoque formalista de democracia liberal, como regla de la mayoría, puede producir efectos de participación en desventaja en relación a sectores sociales cuyas tradiciones y formas de participación política son distintas pero no por ello, menos democráticas, si las comparamos con el sistema electoral estatal; de ahí que, el autor plantea esta inquietud como una provocación al debate académico y social sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: Democracia; pluralismo; derecho electoral; derechos colectivos; participación política.

SUMMARY

The current work tries to make evident how the democracy of the multicultural states, like Ecuador, although it has made significant progress in terms of universal political participation within a democratic system, it has not even raised the possibility of making available to all ethnicities the mechanisms by which the popular will is expressed.

The fact of having a single electoral state system built from a formalistic approach on a liberal democracy basis, as majority rule, can produce disadvantageous effects of participation in relation to social sectors whose traditions and forms of political participation are distinct but not less democratic as compared with the state electoral system. Consequently, the author raises this concern as a provocation to the social and academic debate on the subject.

KEY WORDS: democracy, pluralism, electoral law, collective rights, political participation.

FORO

* Exdirector del Departamento de Investigación y Técnica Jurídica de Ediciones Legales S.A. Exfuncionario de la Dirección de Asesoría e Investigación del Tribunal Contencioso Electoral.

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución de la República, el Ecuador se autodefine como un Estado plurinacional e intercultural. La nacionalidad, como concepto derivado del de nación, es entendida como “una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres”.¹ En esta línea, la plurinacionalidad alude a un conjunto de grupos humanos diversos que coexisten y se interrelacionan bajo estrictas condiciones de igualdad y mutuo respeto.

La identidad de estos grupos se manifiesta en su particular modo de entender su propia existencia, las relaciones entre sus miembros y la de éstos con el grupo; del grupo con la sociedad mayor y con el entorno natural; así también, alude a sus percepciones morales y formas de espiritualidad. La concepción sobre su propia existencia y la necesidad de conservar su identidad, como medio para perennizar su cultura, va creando y desarrollando sistemas sociales, jurídicos y políticos armónicos con su idea de existencia. De ahí que la plurinacionalidad presenta un sinnúmero de aristas en lo jurídico, en lo político, artístico, espiritual, lingüístico, relaciones interfamiliares, entre tantas otras.

El reconocimiento del Estado plurinacional constituye una conquista alcanzada por grupos étnicos minoritarios, a nivel mundial. En el caso ecuatoriano, podemos identificar como principales actores de esta lucha a los pueblos indígenas, pese a que todos y cada uno de los derechos colectivos le son atribuibles a otros pueblos como los afroecuatorianos y montubios. El reconocimiento de la diversidad social de Latinoamérica es el fruto de un largo proceso histórico, marcado por la resistencia y la lucha de clases ante intentos de homologación cultural que planteó como eje fundamental, para su consolidación, la implementación de un Estado uninacional que se sirvió de fundamentos teóricos importados, sin beneficio de inventario, de la ilustración francesa por criollos que, una vez alcanzada la independencia, pretendieron reproducir el sistema europeo continental, sin reparar en lo diversa que es nuestra realidad social.

El presente trabajo pretende incursionar en un recuento histórico que nos permita evidenciar, de forma objetiva, la razón por la que, aun existiendo garantías primarias² dentro de nuestro ordenamiento constitucional, los pueblos originarios y/o minoritarios se encuentran en situación fáctica de desventaja, en cuanto al ejercicio de sus

1. Rodrigo Borja, *Sociedad, cultura y derecho*, Quito, Planeta, 2007, p. 36.

2. Se entiende por garantías primarias aquellas normas sustantivas que reconocen derechos a personas y grupos. En el caso ecuatoriano los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades se encuentran consagrados entre los artículos 56 y 60 de la Constitución de la República. Sobre garantías primarias y secundarias ver: Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111-138.

derechos de participación política. Seguidamente, analizaré, desde una perspectiva crítica y pluricultural, el sistema electoral vigente para, finalmente, presentar un sistema de democracia procedimental especial o alternativo para pueblos y nacionalidades diversas que sea capaz de promover su igualdad material, el respeto a sus usos y costumbres y, en consecuencia, potenciar la consolidación del sistema democrático.

LA ETNIZACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA EN ECUADOR: LA PLURINACIONALIDAD EN SU CONTEXTO HISTÓRICO

Las etapas históricas, según la visión mestiza, difieren sustancialmente de la realidad indígena. Así, la ocupación española del territorio incaico, la independencia criolla y el inicio de la etapa republicana, no tienen igual relevancia para estos dos mundos paralelos que han compartido un mismo territorio, no siempre de forma pacífica. Para fines académicos, la historia del pueblo indígena puede segmentarse de la siguiente manera:³

- a) Desde 1810 a 1895: Separación de los pueblos, en casi todos los aspectos de la vida, dadas las diferencias idiomáticas, religiosas, jurídicas y de organización política.
- b) Desde 1895 a 1960: La cultura dominante rechaza la diversidad y utiliza su posición de privilegio y monopolio del poder para pretender homologar la forma de ser de los pueblos originarios a su imagen y semejanza. La sociedad “justa” y democrática sería concebida bajo criterios de igualdad formal o ante la ley, como instrumento para incorporar a estos pueblos a modos “civilizados” de vida comunitaria.
- c) Desde 1960 hasta nuestros días: Los pueblos indígenas pasan a constituirse en verdaderos actores políticos y sociales, con poder de iniciativa e incidencia, sin que esto implique renunciar a su propia identidad.

El proceso de asimilación cultural parte de la *igualdad formal*, derivada de una ley y de una justicia cubierta los ojos para no considerar las circunstancias específicas de los justiciables. Fiel a la herencia ideológica francesa, José María Urbina propuso en su discurso pre-presidencial la abolición de la esclavitud. Una vez en el poder, impulsó la promulgación de la Ley de Manumisión de Esclavos y la Ley de Indígenas. Este proceso continuó con García Moreno, aunque para este, el elemento

3. En este punto me basaré en el estudio de Juan Maiguashca, titulado “La Dialéctica de la Igualdad”, en Christian Büschges, Guillermo Bustos y Olaf Kaltmeier, comps., *Etnicidad y poder en los países andinos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Universidad de Bielefeld/Corporación Editora Nacional, 1997, pp. 61-79.

unificador fue la religión católica. La fe vendría a situarse como el único vínculo de cohesión social, política y jurídica. Recordemos que la Constitución de 1869 (art. 10, lit. a) prevé, entre los requisitos para ser considerado ciudadano (entiéndase varón) el ser católico. Pasamos así de la igualdad ante la ley a una igualdad cohesionada por obra del clero. La revolución alfarista tampoco cambió la situación del pueblo indígena, retornaría al modelo urbinista, monocultural, razón por la cual no ahondaremos en detalles.

Si se atiende a tres de los cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia, propuestos por Luigi Ferrajoli,⁴ podemos establecer que la etapa que va desde 1810 a 1895 podría ubicarse en lo que el profesor italiano denomina “la diferenciación jurídica de la diferencia”, caracterizada por una sobrevalorización de lo europeo y su consecuente desvalorización o subvaloración de lo indígena. El mestizo pretende asimilarse a su padre español, renegando de su madre indígena. Se constituye en una casta social intermedia con dificultades para acceder al poder. La casta criolla revolucionaria, fiel a su influencia doctrinaria, pugnaría por la conformación de un Estado diseñado según los cánones establecidos por la Europa continental. Sin embargo, este hito histórico no alteró, en esencia, la situación indígena ya que este sector poblacional poco o nada participaría del poder político y económico⁵ estatal, que había sido arrebatado de manos españolas; además, no constituía un peligro para la clase dominante por su desinterés en la escena política nacional y por haber fijado sus asentamientos en zonas geográficamente periféricas.

La segunda etapa en referencia se encasillaría en el modelo que el autor denomina “homologación jurídica de la diferencia”, según la cual la clase dominante desconoce la existencia de toda diferencia de hecho, en función de una “igualdad ante la ley” en la que todas y todos serían tratados por igual, pese a las evidentes diferencia entre necesidades, intereses y ante relaciones asimétricas de poder. El desconocimiento sistemático e institucionalizado de la diferencia, la adecuación del sistema político y electoral a los usos de la casta que ostenta el poder, irradiaría desde el parlamento todas las reglas del juego político que, por su declarativa imparcialidad, generalidad y abstracción, en principio, permitía que quienes ocupasen una posición socialmente privilegiada aprovecharan las oportunidades creadas por un modelo elitista y excluyente. Así, el mestizo impone una estructura social, la institucionaliza y la *legítima* con fundamento en leyes conscientemente colocadas al servicio de la élite mestiza burguesa.

4. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1994, 4a. ed.

5. La realización del Referéndum aprobatorio de la *Constitución* de 2008 le costó al Estado treinta y cinco millones, treinta y cinco mil, ciento noventa y tres dólares con setenta centavos (35.035.193,70). Tribunal Supremo Electoral, *Ecuador: Referéndum 2008*, Documentos Electorales No. 23, Quito, Tribunal Supremo Electoral, 2008, p. 73.

La confrontación entre una cultura que presiona por la homologación, frente a otra que se resiste a la inminencia de la enajenación de sus cosmovisiones, produjo un enfrentamiento intercultural continuo y, en ocasiones, violento. Existía una contienda en diametral desigualdad entre los pueblos jurídicamente calificados como “civilizados” y otros pueblos constitucionalmente descalificados como “...una clase inocente, abyecto y miserable”.⁶ Bajo este esquema, el diálogo étnico era imposible y las decisiones políticas y sociales quedaron reservadas exclusivamente para los representantes de la cultura dominante, quien, a nombre del pueblo, veló por sus intereses de clase y condenó como bárbarico cualquier forma diferente de concebir el mundo.

Hoy, la Constitución reconoce la pluralidad de comunidades cohesionadas por su historia, costumbres, cosmovisiones, formas de espiritualidad y demás manifestaciones sociales; el Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 se ve a sí mismo como un Estado forjado por “mujeres y hombres de distintos pueblos”⁷ en los que no cabe jerarquización social de ninguna naturaleza, aunque se reconozcan la diversidad para valorarla, protegerla y promoverla. La Constitución reivindica también la visión filosófica indígena del *sumak kawsay* y la existencia de diversos idiomas oficiales, como el kichwa y el shuar (art. 2). Esta visibilización de las lenguas indígenas, aunque para muchos siga siendo una novelería folclórica, es parte ya del Derecho Internacional de los Derechos Humanos toda vez que ha sido reconocido por la Corte Interamericana al sostener que “la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.⁸

Podríamos decir que los avances incorporados en nuestro sistema jurídico fundamental pretenden situar a nuestro ordenamiento en el cuarto modelo que Ferrajoli denomina como aquel de *igual valoración jurídica de las diferencias*, pasando así de la igualdad formal, o ante la ley, a una igualdad sustancial o en derechos. Con ello, “se intentará justificar un trato diferenciado, constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente discriminados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos”.⁹

La interrogante que salta a la vista tiene que ver, entonces, con la efectividad o no de las herramientas que nos ofrece el ordenamiento constitucional e internacional para

6. Constitución ecuatoriana de 1830, art. 68. “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.

7. Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez*, Sentencia de Fondo, párr. 171.

9. Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 70.

alcanzar aquella igualdad sustancial en derechos y justicia, no solo desde la perspectiva del ejercicio de derechos colectivos, sino a partir del pleno ejercicio de los derechos de participación política, desde su dimensión personal, colectiva y pluricultural.

La concepción colectivista de los derechos fundamentales se impone ante la evidencia experimental. Han pasado más de sesenta años de evolución para que los sistemas de protección de Derechos Humanos para que la doctrina mayoritaria desconozca el carácter universal de la Declaración adoptada por la Organización de las Naciones Unidas. Entre los posibles argumentos para sostener esta tesis, descansan en el contexto histórico en el que fue adoptada, sus autores y su concepción individualista de la realidad humana.

El carácter reaccionario de este instrumento ante los horrores del holocausto nazi da cuenta de la transición hacia un nuevo orden mundial, dominado por las naciones vencedoras en la segunda gran guerra, cuya imposición, en principio militar y luego ideológica, sería *juridificada* mediante la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, que reservaría el uso exclusivo de la fuerza, mediante un poder de veto especial y permanente, al Consejo de Seguridad, organismo integrado por las cinco grandes potencias triunfadoras de la Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, Rusia, Francia, Inglaterra y China).¹⁰

La imposición ideológico-jurídica, fortalecida con una declaración pretenciosamente denominada universal, trae implícita la concepción individualista del humanismo europeo. Desde una doctrina liberal, que poco o nada tenía que ver con las cosmovisiones de los pueblos africanos, americano-origenarios¹¹ o de tradiciones como la islámica, hindú, árabe, entre otras. La concepción de igualdad “en dignidad y derechos” quedaría viciada por argumentos fácticos y filosóficos. Los primeros, porque la gran cantidad de pueblos, especialmente africanos, seguían siendo explotados y esclavizados por quienes propagaban la igualdad entre las naciones. Los segundos porque este reconocimiento de derechos inherentes e innatos a la persona no es conciliable con concepciones culturales, como la hindú, para la cual “los derechos solo pueden derivarse de los deberes que rigen la acción meritoria. La idea de reivindicar derechos antes de haber llevado a cabo actos merecedores de los mismos es profundamente ajena a la filosofía tradicional de la India”.¹² En esta línea, Jesús González ve en la Declaración de El Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam “el prin-

10. Ver: Rodrigo Borja Cevallos, *Sociedad, cultura y derecho*, pp. 357-362.

11. Recordemos que la imposición ideológico-jurídica iniciaría en América con la colonización y el establecimiento de un régimen político que sería ratificado una vez consumado el triunfo criollo.

12. Paul Ricoeur, “Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos: Una síntesis”, en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal, 1985, p. 26.

cial obstáculo en la tarea de reafirmar la universalidad de los derechos humanos”.¹³ Esta declaración demuestra la inconformidad con el carácter universal de la carta.

Así, los derechos humanos nacerían como derivación de la teoría jurídica del *derecho público subjetivo*. Según Antonio Peña Freire: “El derecho público subjetivo es una teorización jurídica debida a los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX que intentarán inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones entre los particulares y el Estado-persona jurídica”.¹⁴ Este tipo de derechos complementaría la idea del derecho subjetivo, propio de las relaciones entre individuos, reguladas por del Derecho civil. La consecuencia lógica de esta concepción es que el Estado puede relacionarse con individuos como si fuera uno de ellos, aunque reservándose para sí ciertos privilegios. Por tanto, solo la persona directamente, o como representante de una persona jurídica afectada por un acto u omisión estatal, podía exigir de él una reparación casi exclusivamente pecuniaria. Encontramos, así, el pilar fundamental del Derecho administrativo moderno y la creación de garantías jurisdiccionales, como el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

La hegemonía europeo-liberal “universalizada” por la Carta cerraría el círculo abierto en la etapa de la colonización. Se importará, en consecuencia, modelos sociales y de gobierno, basados en la premisa del Estado-nación, derivado de las consecuencias de la paz de Westfalia de 1648 que respondió a una necesidad histórica exclusivamente europea. El proceso homogenizador, arrogante e irrespetuoso de toda identidad diferente, seguiría abriéndose paso pero jamás llegó a engranar del todo, debido a la resistencia que encontró en los pueblos originarios que no permitieron su enajenación.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por medio de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, compartirá esta tendencia individualista de la Declaración Universal, idea que se plasmó en la Convención Americana con frases típicas como “toda persona tiene derecho a” o “nadie puede ser sometido a”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” tampoco resuelve el problema. No obstante, reconoció, por medio de la sindicalización, un modo asociativo de ejercer derechos. Hasta la fecha, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha emitido un instrumento relativo a los derechos específicos de los pueblos indígenas,¹⁵ no así el siste-

13. Jesús González Amuchastegui, “Derechos humanos: universalidad y relativismo Jurídico”, en Rafael Nieto Navía, edit., *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p. 215.

14. Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 132.

15. Existe un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, mas no tendría efectos vinculantes hasta su expedición, suscripción y ratificación formal.

ma de Naciones Unidas que cuenta con la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, en 1957, adoptó el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, que, en esencia, buscaba la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor.¹⁶ Por este motivo tuvo que ser revisado por el Convenio No. 169 del mismo organismo. Ahora sí, desde una visión ideológica pluralista y respetuosa de la diversidad entre los pueblos, se iniciará una evolución del Derecho internacional sobre la materia. Ya no será un imperativo para los Estados proteger e integrar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante, sino “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.¹⁷ Las nacionalidades y pueblos indígenas se constituirían en plenos sujetos de Derecho internacional no solo como personas individualmente concebidas sino como grupos independientes de las personas que los conforman.

Este derecho de participación de los pueblos indígenas, como colectivos dotados del poder de autodeterminación, obliga al sistema estatal a adecuar sus sistemas internos a fin de crear canales de diálogo que tiendan a alcanzar consensos sólidos en asuntos que podría afectarlos social y culturalmente.

En consecuencia, el derecho al progreso debe relativizarse para que cada sociedad defina, a partir de su propia cosmovisión, criterios como bienestar o buen vivir. Esto implica reconocer la riqueza de sistemas sociales, políticos, jurídicos y culturales de nuestros territorios, de modo que cada uno tenga libertad de adoptar las decisiones que creyere más adecuada para la subsistencia del grupo, lo que implica claramente la reestructuración, desde las bases, de los procedimientos que se seguirán para la toma de decisiones a nivel local, provincial, nacional y de circunscripciones políticas especiales, de ahí la necesidad de repensar los sistemas electorales y de partidos y organizaciones con fines políticos.¹⁸

16. En este sentido, el art. 2 del convenio en referencia prescribe: “incumbe principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a *la protección de las poblaciones* en cuestión y a su *integración progresiva* en la vida de sus respectivos países” (el énfasis en el subrayado me pertenece).

17. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, art. 2.

18. Maurice Duverger, mediante la aplicación de un método comparativo experimental, establece la relación directa que existe entre la estructura interna y la articulación de los partidos políticos con el funcionamiento del sistema democrático de los Estados. Para nuestro estudio, el término partido político debe entenderse desde una perspectiva amplia, análoga a toda forma de organización con fines de incidencia política. Ver: Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 34-90.

LOS DERECHOS COLECTIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA POLÍTICA

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El derecho a la autodeterminación de los pueblos nace unido a los criterios de soberanía, entendida como una cualidad exclusiva de los, hasta entonces, únicos sujetos del Derecho de gentes. Los Estados libres, independientes y soberanos solo eran tales si encontraban reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional. Hoy por hoy, no solo que el autogobierno difiere mucho de la idea de soberanía sino que en ciertas circunstancias y, especialmente en Estados plurinacionales como el nuestro, suelen entrar en pugna al no coincidir con los límites territoriales de los Estados. Si bien el ejercicio de la soberanía sigue siendo un atributo de los Estados internacionalmente reconocidos para desarrollar sus relaciones diplomáticas, no es menos cierto que el derecho de autodeterminación relativiza el carácter absolutista de este poder otorgado por la academia ortodoxa al Estado-nación, descendiendo a niveles subestatales.

Según reza la Constitución de la República (art. 1, inc. 2), “la soberanía radica en el pueblo”.

El concepto pueblo puede ser interpretado de manera jurídica y antropológica. Su acepción jurídica se define como la población de un Estado que goza del derecho a la autodeterminación interna, sobre la base de los principios democráticos. El significado desde el punto de vista antropológico incluye una combinación de características territoriales, históricas, culturales y étnicas de un grupo de gente con un sentido propio de identidad...¹⁹

cuando la Carta Fundamental, en su capítulo cuarto reconoce la existencia de derechos específicos de “pueblos y nacionalidades”, se traslada desde la concepción jurídico-tradicional a la antropológica. Luego dirá: “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”. Según venimos analizando, dentro del territorio del Estado ecuatoriano, existe más de un pueblo con derecho a ejercer su autogobierno. Así, el Estado ha dejado de ser un enorme *Leviatán*, según la concepción *hobbesiana*, para convertirse en un ente obligado a garantizar derechos fundamentales, tanto de grupos como de individuos. Ningún pueblo puede ser considerado más importante que otro, ni

19. Jeanette Kloosterman, *Identidad indígena: entre romanticismo y realidad*, trad. E. Magaña, Amsterdam, Thela Publishers, p. 5.

siquiera por su calidad de mayoritario. Por tanto, la soberanía ha tenido que repartirse entre las diferentes maneras de ejercer el autogobierno, aunque en la práctica sigamos observando que esta escisión del poder sigue siendo desigualmente ejercida y el poder político, aunque, con ciertos matices, aun se encuentra centralizada en virtud de una democracia representativa, basado en un sistema electoral único, formalista y concebido desde una perspectiva estatal.

Por ejemplo, pese a la existencia de diversos niveles de gobierno, la superestructura institucional reconocida como Estado se reserva para sí la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable de los recursos naturales no renovables; los productos del subsuelo y toda “sustancia cuya naturaleza sea distinta de la del suelo”. Por otro lado, se reconoce la propiedad de los territorios ocupados ancestralmente por los pueblos indígenas, pero solo sobre la superficie. Si llegásemos a aceptar que los pueblos indígenas, por medio de sus autoridades legítimamente elegidas, son incapaces de decidir sobre qué hacer con lo que se encuentra debajo de su territorio, no podríamos sustentar entonces la tesis de una ciudadanía de igual valor y nivel para todos quienes habitamos en este territorio. Tendríamos que reconocer que los derechos de participación poseen titulares de primero, segundo y quizás tercer nivel y que los sistemas políticos ancestrales siguen subordinados a los designios de la sociedad mayor.

La ciudadanía no es sino el vínculo jurídico político en virtud del cual se ejercen los derechos de participación. Esta facultad de incidir en los destinos del propio pueblo, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, constituye un prerrequisito indispensable dentro de todo sistema democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso *Yatama* expresa: “la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos [en el párrafo anterior] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria, cuando se trate de grupos de ciudadanos que, de otra forma, podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”.²⁰

La autodeterminación trae para sí el poder de decisión sobre los asuntos que directa o indirectamente afectan a una población determinada. Esto, a su vez, constituye el ejercicio de los derechos de participación atribuible a toda persona considerada ciudadana o ciudadano. Esta relación lógica entre derechos y toma de decisiones va construyendo una democracia, en sentido estricto, y la necesidad de adaptar procedimientos electorales incluyentes y efectivamente participativos, en vez de una dictadura de las mayorías, generalmente de carácter clientelar o plebiscitaria, sino como una salvaguarda de respeto, protección y promoción de los derechos de todas y todos.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, párr. 217.

En la mayoría de los casos, la violación de derechos humanos tiene su origen directa o indirectamente, activa o pasivamente, en acciones u omisiones estatales que son justificadas como prerrogativas de la soberanía, impuestas por restricciones presupuestales o en nombre de los intereses y objetivos de seguridad nacional definido por el Estado.²¹

La democracia, en sentido material, viene a ser un sistema que da amplitud para que los diferentes modos de ver el mundo puedan coexistir y entablar diálogos auténticos, tendientes a encontrar soluciones satisfactorias para los participantes, ante situaciones que evidencien intereses contrapuestos. Si la última palabra la tiene un sector y, el otro, meras expectativas de persuadir al primero, no se lograría una relación entre interlocutores válidos. Asimismo, si el sistema electoral es abiertamente favorable a grupos mayoritarios, es aún más difícil que pueblos ancestrales puedan acceder a cargos de decisión política. Bajo estas circunstancias el diálogo no es posible, como tampoco lo sería la construcción de una sociedad justa, en la medida en que los derechos fundamentales de unos no pueden ceder, siempre y en abstracto, ante el ejercicio de otros derechos porque los intereses no pueden ser jerarquizados sino ante situaciones concretas y, en tal medida, que no sea capaz de anular el derecho cedido; todo esto, de acuerdo con las reglas de *ponderación*²² y la teoría del *contenido esencial* de los derechos.²³ En este sentido, la consulta informada y previa no tendría razón de existir si el consentimiento de una de las partes resulta ineficaz en relación con el poder de veto atribuible a su contraparte. El cumplimiento de formalismos no tiene sentido si sus efectos no son verificables en la realidad.

En suma, no basta la realización de elecciones generales si la participación del elector no se produce en un marco de justicia y equidad. Por tanto, la democracia en sentido material solo es posible si se democratizan los sistemas procedimentales de elección de dignatarios y los diferentes foros de deliberación política. *Los sistemas electorales orientan las actitudes y los resultados electorales.*²⁴

En tal virtud, procederé a analizar, desde una perspectiva crítica, al sistema electoral formal a fin de identificar los obstáculos sustantivos y adjetivos que impiden una participación política eficaz de grupos minoritarios.

21. Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del Derecho*, trad. César Rodríguez, Bogotá, Unibiblos, 1998, p. 189.

22. Luis Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217-260.

23. Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 37-75 y 155-158.

24. Dieter Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Universidad Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 36.

La existencia de un solo sistema electoral en Ecuador puede explicarse por razones históricas. Recordemos que la calidad de elector estaba reservada para quienes tenían el estatus jurídico de ciudadano, lo cual concernía a un mínimo sector poblacional, por los requisitos exigidos para el efecto. Durante la vigencia de las Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, y 1852 la universalidad del sufragio constituiría la excepción a una regla de exclusión generalizada.

El ejercicio del sufragio activo y, con mayor razón del sufragio pasivo, sería un privilegio que se otorgaba exclusivamente a las élites sociales, políticas y económicas. La figura del *optimu iure* político estaba representada por el varón, alfabeto, mayor de 25 años, en el caso de las Constituciones de 1830 y 1835; la Constitución de 1843 establecía como edad mínima dieciocho años; y las de 1845, 1851 y 1852 exigían veintiún años o haber contraído matrimonio, y gozar de la propiedad de bienes raíces o justificar una renta anual de doscientos pesos, provenientes de alguna profesión, arte, ciencia o industria útil, sin encontrarse en relación de dependencia, en calidad de sirviente, doméstico o jornalero.²⁵ En tal contexto, y concebido el Estado ecuatoriano como un Estado-Nación, y al sufragio como una *función pública*²⁶ y no como un derecho fundamental, no tenía sentido identificar, menos aún tener en cuenta, los criterios y necesidades de grupos vulnerables y/o diversos. Sería absurdo considerar las aspiraciones políticas de una “clase inocente, abyecta y miserable” como la indígena, que, por tales características, hacía necesario que el Congreso proceda a nombrar a “los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas” (art. 68, *Constitución* de 1830).

Los escaños a ser repartidos en elecciones pluripersonales, desde la creación de la República hasta la carta constitucional de 1906, fueron adjudicados bajo criterios de simple mayoría. Es decir, los candidatos más votados, sin importar la lista u organización política de la que provinieren, se convertían en adjudicatarios del cargo en disputa. Este sistema eliminó, casi por completo, la posibilidad de obtener representación política para grupos tradicionalmente excluidos como el sector indígena, afroecuatoriano o montubio, inclusive de la mujer de cuyo derecho a sufragar aún se discutía dado que el texto constitucional concedía este derecho al elector, que, a su vez,

25. El antecedente del *optimu iure* político podría ser el *civis optimo iure del Derecho Romano*. El ciudadano dotado de plenos derechos civiles y políticos adquiría este estatus jurídico privilegiado, a través el desarrollo de los *iura* (*ius suffragii*, *el ius conubii*, *ius commercii*, *ius honorum*). Estas personas eran ciudadanos, en sentido estricto, y tenían competencias para regular sus relaciones personales, familiares, patrimoniales, políticas, etc. Disponible en: [http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php].

26. Autores como Sieyès, Mill, Tocqueville, entre otros, influyeron en restringir el ejercicio del sufragio a las clases ilustradas ya que la elección de las autoridades que decidirán los destinos del país debía ser realizada por quienes poseían mayores elementos de juicio para el efecto. En este sentido, el sufragio consistía una función pública que competía únicamente a los más capacitados. Angelo Papacchini, *Filosofía y derechos humanos*, Santiago de Cali, Facultad de Humanidades, 1994, pp. 142-150.

debía ser ciudadano (art. 31). El ejercicio de este derecho, por parte de la mujer, tuvo que posponerse hasta 1929, año en el que la constitución tuvo que consagrar expresamente que la ciudadanía es atribuible a hombres y mujeres.

La Creación del Tribunal Supremo Electoral, en 1946, si bien institucionaliza y concede cierto grado de independencia a este órgano frente a las demás funciones del Estado, mantiene el modelo único de elecciones. Por otro lado, los organismos supranacionales de cooperación internacional, mediante la suscripción de convenios de cooperación, han favorecido a la homologación de los sistemas electorales ya que su aporte, generalmente, se basa en la implementación de tecnología que promueve una única forma de entender el proceso electoral. Asimismo, las críticas, conclusiones y juicios de valor que manifiestan tales misiones observadoras encuentran sustento en un sistema homologado y globalizado de elección, que atiende más al contexto político del país de origen del observador que al del país observado. A partir de tales recomendaciones, suelen celebrarse nuevos convenios de cooperación horizontal tendientes a profundizar la homologación de los sistemas, ya que suele entenderse a la diferencia como un una falencia de carácter técnico.

El enfoque contextual se cuida de no relacionar un modelo estático de efectos con un sistema electoral determinado, ni en aplicación con los distintos países, ni dentro de un mismo país a lo largo de su historia (...) sistemas electorales que en una época determinada de la historia nacional produjeron, como ha quedado demostrado, integración y favorecieron la formación de mayorías, tienen efectos parcialmente distintas.²⁷

En tal virtud, el reconocimiento de lo que hemos denominado democracia procedimental cada vez es más remoto y, en consecuencia, la exclusión de pueblos diversos es más aguda e invisibilizada. El hecho de mantener un sistema electoral único, concebido desde la perspectiva de un solo sector poblacional, debilita la presencia de grupos minoritarios, favorece al *populismo plebiscitario*, a la *mendicidad electoral* y a la descalificación de expresiones políticas diversas. Todo esto restringe el pleno ejercicio del Derecho, la efectiva participación ciudadana y promueve circunstancias de lucha desigual en la carrera por alcanzar el poder y tener la facultad de tomar decisiones que afecten, no solo al elector, sino a la comunidad, en su conjunto.

Por primera vez, la Constitución de la República (art. 57, num. 9) reconoció a los pueblos y nacionalidades que integran el Estado ecuatoriano el derecho a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social”. Entre las formas de organización social encontramos aquellas relativas a elegir y desarrollar formas propias de dirimir los conflictos que se susciten entre sus miembros (*disenso interno*), así como el de protegerse de interferencias abusivas externas, capaces de

27. Dieter Nohlen, *Instituciones políticas en su contexto*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 92.

limitar o entorpecer el ejercicio de su derecho al autogobierno.²⁸ En esta perspectiva, un país multicultural, como el nuestro, está en la obligación de identificar a estas *nacionalidades diferenciadas* y adoptar las medidas materiales y normativas necesarias para que todo ciudadano y ciudadana pueda ejercer, a plenitud, sus derechos de participación política, dentro de un marco de respeto y tolerancia de sus peculiaridades, *so pena* de mantener el estado actual de discriminación.

La tutela efectiva de la autodeterminación de los pueblos, en su calidad de derecho humano, en sentido estricto y colectivo, requiere contar con la estructura y medios necesarios que permitan su viabilidad. Así, el desarrollo de procedimientos electorales propios o diferenciados, en relación al acuñado por la sociedad mayor, no constituye una concesión estatal o una medida populista para conquistar el voto indígena; se trata de una obligación en sentido fuerte, que, de no ser cumplida, provocará tensión social. Se trata, por tanto, de un tema que si bien no ha sido parte de la agenda prioritaria de los pueblos y nacionalidades, debe dilucidarse a fin de posibilitar salidas debatidas y oportunas, antes de que la reivindicación y la agitación política desborden toda posibilidad de diálogo.

La tensión nacida de la obligación de abstraer a la persona concreta para no interesarse más que en ciudadanos abstractos es cada día más difícil de controlar. Es grande la tentación de regresar a los modelos de tipo comunitario basados en la etnia, el idioma, la religión o los tres combinados a su manera. Lo cierto es que la administración electoral debe considerar este problema, el cual no está en posición de controlar, ya que necesita de los esfuerzos colectivos de toda la nación.²⁹

Como sistema democrático hemos dado pasos agigantados hacia el pleno reconocimiento de la pluralidad social y política. El reconocimiento de derechos específicos de titularidad de grupos minoritarios se alcanzó con la expedición de la Constitución Política de 1998 (Capítulo 5, título 2, arts. 83-85). Para efectos de este trabajo, me centraré en el derecho de pueblos indígenas y afroacuetorianos “a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”. La aptitud de generar actos de autoridad, es decir, tomar decisiones que afecten al colectivo, solo puede emanar, al menos en condiciones pacíficas y democráticas, de un procedimiento legitimador que puede ser diverso en su forma pero que debe apuntar a la plena garantía del ejercicio de los derechos de participación de sus miembros, en igualdad y respeto y, al mismo tiempo, que debe ser protegido y promovido por el Estado.

28. Will Kymlicka, “Derechos individuales y derechos colectivos”, en *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 16, 2009, p. 5.

29. Nguyen Huu Dong, “El voto de la práctica individual a la práctica social”, en *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 637.

La Constitución de 2008, siguiendo la línea de su predecesora, aunque ampliándola al pueblo montubio, establece que “los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura”. En este sentido, se faculta a estos pueblos a ejercer las prerrogativas atinentes a su autogobierno, en zonas predeterminadas. Las únicas restricciones legítimas al ejercicio de tal derecho estarían dadas por las reglas propias del razonamiento ponderativo, sea en abstracto o en concreto; es decir, es necesario establecer estándares mínimos que hagan posible una compatibilización entre su ejercicio y el respeto de los derechos de sus miembros y de terceros. El derecho al autogobierno implica no solo el reconocimiento de la autoridad elegida por el grupo y las decisiones tomadas en representación de la voluntad general; involucra, también, el reconocimiento del procedimiento por el cual tal o cual persona resultó electa.

El reconocimiento constitucional sobre la validez de procedimientos alternativos, para la elección de autoridades y representantes, de acuerdo a sus usos y costumbres, implicaría un reconocimiento expreso de una pluralidad de sistemas electorales formales y vigentes. La cosmovisión de comunidades indígenas, como una forma de *democracia procedimental*, constituye una herramienta básica para viabilizar la democracia en sentido sustancial, inclusiva y respetuosa. En 1998, la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE), en su planteamiento a reformas constitucionales, ya estableció en el punto 5.6 que “la elección de representantes de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como de sus autoridades, se regirá por el sistema electoral especial previsto por la ley orgánica correspondiente”.³⁰ Por tanto, este tema no es una novedad; se trata de una asignatura pendiente para el sistema constitucional de derechos y justicia que necesita ser colocada sobre la mesa del debate político general.

Debemos reconocer que los órganos administrativos de la Función Electoral han desplegado esfuerzos considerables para dar un enfoque intercultural a su sistema de elecciones.³¹ No obstante, la participación política de grupos diversos y la implementación de una democracia procedimental no se agota con la difusión de publicidad electoral en idiomas ancestrales o con la promoción de una cultura cívica monocultural, toda vez que el sistema de elecciones y las concepciones de civismo que

30. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las nacionalidades indígenas y el Estado plurinacional*, Quito, Nuestra Amazonía, 1998, p. 33.

31. Dentro del Plan Estratégico 2010 del Consejo Nacional Electoral, en la Línea de Acción denominada de Promoción Político-Electoral (meta 4), punto 11, tiene previsto generar proyectos de conocimiento y estudios sobre temas políticos electorales, con enfoque intercultural, así como la creación de espacios de diálogo político-electoral. En la misma línea, se prevé el desarrollo de la primera campaña nacional cívico-electoral con énfasis en intercultural y ruralidad. No obstante, el enfoque intercultural no deja de desarrollarse en torno a un único sistema de elecciones.

conforman la malla curricular pueden no corresponder a la cosmovisión de pueblos diversos. No es posible hablar de una democracia representativa, en sentido material, cuando personas pertenecientes a grupos étnicos minoritarios no cuentan con igual oportunidad de participación en la escena político-electoral, respecto de la sociedad mayor.³²

En consecuencia, el sistema electoral vigente es un procedimiento político impuesto, homologador y colonizador en el que las reglas del juego están parcializadas a favor de sectores mayoritarios. Durante las elecciones generales de 2006 se evidenció que el 71,8% de los recintos electorales, ubicado en los cantones de Riobamba, Otavalo y Cañar, es decir, donde se concentra la mayor cantidad de población indígena, se encuentra alejado de las zonas rurales; que el 94,2% de recintos electorales no cuenta con información en una lengua diferente al castellano. Este dato es preocupante si se considera que un gran porcentaje de la población indígena es analfabeta y que las autoridades electorales no asisten a estas personas de manera respetuosa, por el contrario, han adoptado posturas paternalistas, violentas y discriminatorias. Se asume que el 54,6% de personas analfabetas tuvo inconvenientes para sufragar y que el 48% de la población indígena es mayormente vulnerable a la inducción del voto, según el Observatorio Electoral Intercultural.³³ El número reducido de votantes indígenas, en relación con la sociedad mayor, no solo es una dificultad cuantitativa; lo es cualitativa, en cuanto la población mestiza tiende a votar por el candidato no indígena por razones xenofóbicas.³⁴ Estos aspectos evidencian que el sistema electoral ecuatoriano es estructuralmente discriminatorio, enajenante y no responde a las aspiraciones políticas de todos los sectores sociales.

La vulnerabilidad electoral de los grupos indígenas, en relación al ejercicio del derecho al sufragio activo, fomenta el populismo, la compra de votos, la feria de promesas irrealizables, la creación de alianzas políticas multinacionales que solo provocan que las diferentes comunidades voten a favor de tal o cual candidatura, sin que esto represente un acuerdo que pueda evidenciarse en la ejecución del plan de acción gubernamental presentado. En este sentido, los pueblos y comunidades tradicionales

32. “La Corte considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos (...) es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama vs. Nicaragua*, *sentencia de fondo*, junio 2005, párr. 217.

33. Fundación Q'ellkaj, *Participación política electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 105-114.

34. Klaus von Beyne demuestra, desde la perspectiva histórica, que en la Alemania de los años 70, la votación de los conservadores aumentó significativamente por quienes se identificaban con tendencias liberales en las poblaciones con grandes núcleos de inmigrantes, debido a criterios xenofobos. Klaus von Beyne, *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Siglo XXI, 1996, p. 360.

han sido utilizados como una estrategia de coyuntura para la consecución de objetivos partidistas de grupos de poder, que no permite que las minorías étnicas alcancen los fines que motivaron la conformación de alianzas con fines electorales.

Las falencias del sistema electoral, que fomentan la exclusión de grupos minoritarios, desde una perspectiva plurinacional, no solo tiene una explicación histórica o normativa sino cultural, técnica y práctica.

Desde la perspectiva cultural, debemos entender que los sistemas políticos, jurídicos y sociales indígenas poseen una tradición esencialmente oral. En tal virtud, resulta poco práctico que estas personas procedan a identificar a los candidatos de su preferencia, dentro una papeleta infestada con nombres, símbolos, fotografías, leyendas y opciones limitadas de voto. Este modo de elegir, por ser ajena a su tradición oral, visual y gesticular de las comunidades y pueblos indígenas producen un alto porcentaje de votos nulos. En los resultados de las elecciones presidenciales del 2006, se determinó que, en los cantones donde existe mayor concentración de población indígena, el 15,6% de votos nulos correspondía al segundo rubro más alto de la votación total.³⁵

La escasa difusión de información electoral, en lenguas nativas, constituye otro de los obstáculos culturales restrictivos del cabal ejercicio de los derechos de participación política de los pueblos y comunidades indígenas. Pese a que el Consejo Nacional Electoral ha realizado un esfuerzo importante al difundir propaganda electoral multilingüe, resulta complejo que dicha difusión sea reproducida en al menos 14 lenguas, que corresponderían a las 14 nacionalidades reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).³⁶ Por otro lado, en buena parte de las comunidades indígenas se evidenció que, si bien llegó material educativo en lenguas ancestrales, en ocasiones los idiomas utilizados llegaron a comunidades cambiadas; por ejemplo, a comunidades en las que se habla kichwa llegó material en shuar o viceversa.³⁷

Esta limitación no se agota en un problema terminológico o en ligerezas en la distribución de material. Es importante motivar la participación de los sectores indígenas, lograr que sean parte medular del proceso electoral. La familiaridad que debe existir entre electores y autoridades electorales es indispensable para motivar la par-

35. Fundación Q'ellkaj, *Participación política electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, p. 101.

36. Las nacionalidades indígenas reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador son: Awá, Chachi, Epera, Tsa'chila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, A'iconfán, Shiwiar, Zápara y Kichwa. La calidad de nacionalidad se da, entre otras cosas, al poseer una estructura social y jurídica propia. Disponible en: [www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=227], acceso: 16-09-2009.

37. Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, Unión Europea, junio de 2009, p. 32.



ticipación responsable de quien se siente parte de un sistema del que se asume beneficiario. Esta fluida relación llegará a darse una vez que las comunidades tradicionales se empoderen del sistema estatal, cosa que no ha ocurrido en un siglo de sufragio universal, o hasta que se reconozcan como formales, sistemas propios, tradicionales y cultural y constitucionalmente aceptables.

Un sistema ajeno a la cosmovisión cultural produce apatía, desmotivación, lo que a su vez se evidencia con el alto porcentaje de ausentismo registrado. Las limitaciones logísticas de transporte, infraestructura adecuada y desconocimiento de ciertos criterios culturales por parte de la autoridad electoral, especialmente del coordinador de recinto, que por lo general es mestizo aun en territorios donde se asientan comunidades indígenas, profundiza la brecha entre el ser y el deber ser del proceso electoral.

La multa prevista en la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia tampoco constituye una medida efectiva para motivar la participación del sector indígena. En primer lugar, porque, en caso de no cancelarse la multa, lo peor que podría suceder es que la persona no obtenga el certificado de votación que poco o nada sirve a un campesino, que no posee expectativas de viajar al extranjero, realizar trámites notariales o postularse a cargos públicos. Tampoco es efectivo porque la obligación de sufragar, bajo la promesa de una sanción, no es consecuente con el objetivo de crear responsabilidad en la ciudadanía, en cuanto al determinante rol que tiene el sufragio en la construcción diaria de democracia.

Otro aspecto es la concepción colectivista de los derechos fundamentales, desde la cosmovisión indígena. A diferencia de la sociedad mayor en la que el derecho al sufragio constituye un derecho público subjetivo,³⁸ de primera generación, la idea colectivista produce efectos diametralmente distintos no solo de concepción sino en el modo de ejercicio. Por una parte, las decisiones políticas en comunidades indígenas suelen darse por consenso; es decir, existe un proceso de deliberación ampliado en el que participan todos los miembros de la comunidad interesados en ello, hasta llegar a un acuerdo basado en el diálogo y la argumentación. El derecho a elegir, desde la perspectiva estatal, es un derecho individual y, por tal, debe ser universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. A la luz de estos principios fundamentales, la elección de autoridades indígenas es una decisión colectiva en la que todos participan; no se puede hablar, por tanto, de un derecho igual porque existen

38. Humberto Quiroga distingue entre tres casos de derechos subjetivos constitucionales: a) como facultad (como derecho a la propia conducta, es decir como libertad; b) como derecho público subjetivo (correlato a una conducta debida del Estado, grupo en el que incluye a los derechos políticos; y, c) como garantía (derecho a la jurisdicción estatal). Humberto Lavié Quiroga, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 154, citado por: Piccato Rodríguez Antonio, "El Sufragio Pasivo", en Serrano Migallón, Fernando, coord., *Derecho electoral*, México, Porrúa, 2006, p. 85.



personas con mayor prestigio que otras, tampoco es secreto porque el proceso de deliberación es oral y requiere que la persona que presente una candidatura, quienes la apoyan y quienes no expresen públicamente las razones que motivan a aconsejar o no tal designación; el escrutinio público tampoco sería aplicable, si se trata de un sistema de deliberación oral, público y ampliado. La *certeza electoral*³⁹ y la pureza de los resultados están seguros por la publicidad del proceso deliberativo.

El alto grado de acercamiento con la autoridad designada posibilita la implementación de efectivos sistemas de fiscalización política y participación directa en la toma de las decisiones que conciernen a la comunidad. El mismo debate ampliado que legitimó la entrega del mandato a la persona correspondiente puede avalar su sustitución o destitución inmediata, por no hacer justicia a los intereses que motivaron su designación. Los sistemas políticos indígenas no están cubiertos de tantas formalidades como el sistema estatal, según el cual, para que proceda la revocatoria del mandato, es indispensable contar con requisitos de difícil cumplimiento (10 o 15% de personas inscritas en el registro electoral correspondiente, según el caso). Por su parte, el sistema indígena se presenta mucho más directo, consensuado, económico y capaz de evidenciar la pureza de la voluntad comunitaria. Por ser directo e inmediato, no existen tantas posibilidades de manipulación como ocurre con los sistemas informáticos y la propaganda electoral. Luego, en los sistemas deliberativos indígenas los miembros de la comunidad poseen, de primera mano, la información completa y objetiva que justifica la adopción de la decisión correspondiente.

El sistema de justicia electoral tampoco posee un enfoque intercultural de fondo. Su concepción legalista, formalista, escrita y no deliberativa constituye un verdadero obstáculo para la exigencia de los derechos de participación de pueblos y nacionalidades indígenas que, por su parte, han desarrollado otros sistemas de justicia más acordes a su idiosincrasia, en los que todo conflicto, sea público o privado, converge porque dicha distinción es irrelevante ante la necesidad de tomar medidas para solucionarlo.⁴⁰ Sin perjuicio del régimen sancionatorio electoral, el Tribunal Contencioso Electoral es competente para conocer y resolver sobre la legitimidad de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral y demás organismos desconcentrados. En este

39. “Poner en peligro la certeza electoral despierta la alerta social y suspicacias de sectores que podrían verse ilegítimamente beneficiados por eventuales defraudaciones a la pureza de la voluntad popular, todo lo cual se opone a los objetivos propios de los mecanismos de democracia representativa, previstos en la Constitución y al rol garantista de la Función Electoral”. Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 404-2009-TCE; y, 544-553-2009-2009-TCE.

40. “No existe distinción entre conflictos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza porque el parámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación de las actuaciones humanas, a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza. Esta paz puede ser importunada por la injerencia del “otro”, lo que obliga a la comunidad a crear mecanismos de autodefensa”. Diego Zambrano Álvarez, “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías

sentido, el máximo órgano de justicia electoral únicamente resuelve casos que previamente ingresaron a la esfera institucional del Estado, arrastrando desde su origen las dificultades establecidas en líneas anteriores. Asimismo, la legislación electoral no prevé *garantías fundamentales subsidiarias* o recursos contencioso-electorales flexibles que permitan atender la exigencia de derechos políticos, con dimensión colectiva, ya que toda la legislación gira en torno a un solo derecho de participación: el sufragio, tratado y regulado a partir de una concepción individualista, propia de su naturaleza, como derecho subjetivo público.

Por otro lado, el acceso a la justicia electoral, por parte de sujetos colectivos, que no fuesen organizaciones políticas, debidamente acreditadas, es inexistente ya que solo los partidos, movimientos y alianzas son considerados sujetos políticos y, como tal, poseen legitimación activa exclusiva para presentar su conflicto ante este órgano jurisdiccional. La legitimación activa recae también sobre personas naturales o jurídicas que fuesen capaces de acreditar la vulneración de un derecho subjetivo; es decir, un derecho individual y de libre disponibilidad, por parte de su titular.⁴¹ En cualquiera de los dos casos, el planteamiento de un proceso judicial ante el Tribunal Contencioso, por parte de una comunidad indígena, no cumple con los requisitos de admisibilidad; por tanto, el asunto de fondo ni siquiera llega a ser conocido por esta Corte.

En suma, las comunidades ancestrales como tales no son sujetos de tutela efectiva por parte del sistema de justicia electoral en Ecuador. En contraposición, la justicia electoral mexicana sentó jurisprudencia en el sentido de que el análisis de la legitimación activa, en el juicio para la protección de derechos político-electorales de un ciudadano, *debe ser flexible* cuando sea necesario atender a las circunstancias particulares de los integrantes de grupos étnicos diversos.⁴² Recordemos que el Estado de Oaxaca incorporó en su texto constitucional el derecho de los municipios con población indígena a elegir a sus autoridades por usos y costumbres, es decir, mediante un sistema electoral propio. Este derecho se complementa con aquel de recibir tutela efectiva a nivel federal para garantizar el ejercicio de este derecho colectivo.⁴³ En la

entre sistemas jurídicos concurrentes”, en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, eds., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 15, 2009, pp. 219-249.

41. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, art. 244, “se consideran sujetos políticos y pueden proponer los recursos contemplados en los artículos precedentes, los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas y candidatos (...) Las personas en goce de los derechos políticos y de participación, con capacidad de elegir, y las personas jurídicas podrán proponer los recursos previstos en esta Ley *exclusivamente* cuando sus derechos subjetivos hayan sido vulnerados” (la cursiva me pertenece).
42. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Caso Moisés Ramírez Santiago y otros vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, No. 2, 2008, p. 53.

misma línea, la Constitución panameña (art. 144, num. 5) bajo la figura del *circuito electoral* abre la posibilidad para que en poblaciones con mayoritaria concentración de población indígena y factores históricos y culturales diversos puedan conformar un circuito electoral y desarrollar un proceso electoral conforme a sus tradiciones.⁴⁴

La propuesta de alcanzar un sistema electoral plurinacional, capaz de integrar a sus partes, sin despersonalizarlas, es una exigencia ante un modelo de imposición cultural homogenizadora, enajenante e impositiva. Se plantea un reconocimiento mutuo, respetuoso, coordinado y de mutuo aprendizaje sobre las diferentes formas y métodos con los que se puede llevar a efecto un proceso electoral. Esto, lejos de romper la unidad democrática del país, será capaz de profundizarla al potenciar el efectivo ejercicio de los derechos de participación de grupos humanos minoritarios, tradicionalmente excluidos. La investigación politológica contextualizada y el diálogo intercultural intenso posibilitarán que pueblos diversos elijan, de forma democrática y respetuosa de los derechos de grupos e individuos, a sus autoridades y representantes, y que tomen partida por la situación política del país.

La democracia procedimental tiene que ser versátil, mutable, pero, en esencia, buscar el mismo fin: la consolidación de un sistema de democracia real. La imposición de métodos electorales excluye la participación de sectores sociales, desvirtuando el fin perseguido. La *democracia procedimental*, con enfoque plurinacional, posibilita la consolidación de una democracia representativa y participativa bajo condiciones igualitarias de participación dentro de los sistemas políticos latinoamericanos.⁴⁵

43. María Luisa Acevedo y María Teresa Pardo, “Reformas constitucionales y derechos culturales de los pueblos indígenas de Oaxaca”, en *Cuaderno del Sur*, No. 4, Oaxaca, 1993, citado por: Bárcenas, López *Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca*, p. 355, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf>], acceso 15-10-10.

44. “El Circuito Electoral no es más que la agrupación de una determinada cantidad de población electoral. (...) Para agrupar la población en circuitos electorales, se debe tomar en cuenta como criterios básicos: (...) las divisiones políticas actuales; la proximidad territorial; la concentración de la población indígena; los lazos de vecindad; las vías de comunicación”. Ver: Dirección Nacional de Organización Electoral, Departamento de Capacitación de Funcionarios Electorales y otros, *Organización política del Estado panameño y Los criterios electorales para escoger sus autoridades*, Módulo 4, 1995, disponible en: [www.tribunal-electoral.gob.pa/eleccion/educa_civica/.../modulo-04.doc].

45. Vitale Ermanno, “Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental”, Roma, Universidad de Sassari, disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683-F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf acceso: 04-01-2010].

LA CONSULTA PREVIA VINCULANTE: UN DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA OCULTO EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL

CONSULTA PREVIA, SEGÚN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

El art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dice:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su *consentimiento libre e informado* antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (el énfasis con la cursiva me pertenece)

Bajo esta directriz, la participación de la que habla el Convenio 169 no solo tendrá que ser de buena fe y demás calificativos que pudiesen resultar vacíos al momento de contrastarlos con la realidad, sino que adquiere fuerza vinculante, tanto para los Estados como para los demás integrantes de la sociedad. Elevado el estándar, la consulta previa adquiere connotaciones vinculantes, lo que conlleva la obligación de armonizar los ordenamientos internos, sin atenuaciones jurídicamente viables.

No cabe duda de que la armonización exige un primer ejercicio de interpretación, en abstracto, por parte del legislador, sobre el alcance y su aplicabilidad en el escenario de lo concreto. Sin embargo, las reglas de interpretación que emanan de la Declaración Universal (art. 30) prohíbe cualquiera que pueda “conf[erir] derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o a realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos”.⁴⁶

Esta primera interpretación oficial debe ser entendida y aplicada, por los operadores jurídicos, a la luz de los principios del Derecho internacional, por lo que una restricción en el ámbito de protección de los derechos humanos, en general, y de los derechos colectivos, en particular, respecto del derecho a decidir sobre asuntos capa-

46. El espíritu de esta regla de interpretación tienen concordancia con el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ces de afectarlos económica, social y culturalmente, lleva implícita la mora en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado.

De esta manera, el Sistema Universal evoluciona hacia una concepción colectivista de los derechos humanos, siguiendo la línea anteriormente trazada por instrumentos como la Proclamación de Teherán, la Declaración de Machu Picchu que vincula la definición de democracia con el respeto y la promoción de la pluriculturalidad, la Declaración de Quito de 1990 que toma “en cuenta que los DESC forman parte de los valores fundamentales de una verdadera democracia, entendida como el conjunto de prácticas socio-políticas que nacen de la participación y libre autodeterminación de los ciudadanos/as y los pueblos”, la Declaración de Barbados que entiende al territorio como prerrequisito indispensable para el ejercicio del autogobierno.

La respuesta que da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al tema, aunque sin seguir el mismo rumbo, llega a conclusiones similares.

CONSULTA PREVIA, SEGÚN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien la evolución del Sistema Interamericano difiere del sistema universal en su proceso, las consecuencias y exigencias impuestas a los Estados producen efectos similares. El Sistema Interamericano no cuenta actualmente con un instrumento positivo sobre derechos de los pueblos indígenas y, consecuentemente, sobre consulta previa. No obstante, el proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas puede ser asumido como una referencia válida, a manera de *soft law* para direccionar la práctica jurídica dentro de los sistemas jurídicos internos.

Más allá de la aceptación o no del valor efectivo de un proyecto de declaración, la Corte Interamericana, bajo el amparo de su interpretación evolutiva, ha tomado como punta de lanza al art. 21 de la Convención Americana, relativo al derecho a la propiedad privada, para abrir un canal hacia el pleno reconocimiento de los derechos colectivos. El primer precedente significativo es el caso de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) *Awas Tingni vs. Nicaragua*, en virtud del cual se reconoce la existencia de derechos territoriales específicos de los pueblos originarios. En esta oportunidad la Corte expresó que: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Luego dirá: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan

de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad”.⁴⁷

El precedente continuaría en expansión por ocasión del caso *Yakie Axa y Sawhoyamaxa*, hasta consolidarse en el Caso *Saramaka* en ejercicio de sus atribuciones interpretativas sobre el mismo art. 21, la Corte avanza en el alcance de dicho precedente y “considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio *Saramaka*, el Estado tiene la obligación, *no solo de consultar* a los *Saramakas*, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (el énfasis con la cursiva me pertenece).

Ahora bien, de conformidad con el art. 62, num. 1 de la Convención, la Corte tiene competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Dado que el Sistema Interamericano no prevé instrumento positivo sobre consentimiento previo, la ha tenido que crear, vía desarrollo jurisprudencial. Esta nueva norma que emana de una interpretación oficialmente autorizada por la Convención, y, por tanto, por los Estados partes entre los que se encuentra Ecuador,⁴⁸ adquiere idéntica jerarquía respecto de la norma interpretada. El principio del *paralelismo de las formas*⁴⁹ obliga al reconocimiento de la jerarquía *convencional* de toda interpretación oficial ya que es, precisamente por ello, que la jurisprudencia de la corte crea precedentes vinculantes, no solo para las partes en un caso concreto sino que va creando normas de Derecho internacional con efectos *erga omnes* que, irreductiblemente, deben encontrar resonancia en la normativa interna de sus signatarios. Este principio general del Derecho no solo tiene razón de ser en el sentido de dar valor material a los designios de la norma positiva sino, también, para garantizar su ductilidad y acoplamiento a las nuevas realidades y requerimientos sociales.

Una vez creado un precedente de observancia obligatoria y vinculante para Ecuador, es indispensable incorporarla al ordenamiento jurídico interno. Si ahondamos en principios de Derecho internacional público, la teoría del *desdoblamiento funcional* de Scelle⁵⁰ obliga al ordenamiento interno de cada Estado a “desdoblarse” o expandir su inmediato cometido, a fin de convertirse en un mecanismo apto para la recepción y efectivización de la vigencia práctica de las normas y principios de Derecho

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, Sentencia de Fondo, párrs. 149 y 151 respectivamente.

48. Ecuador es Estado Parte de la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte del 24 de julio de 1984.

49. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Ed. Jurídicas y Sociales, 2000, 7a. ed., pp. 172-176.

50. José Pástor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 167.

Internacional. Así lo ha entendido el art. 2 de la Convención que obliga a los Estados a adoptar disposiciones de derecho interno para lograr la garantía efectiva de los Derechos Humanos.

El inciso segundo del art. 424 de la Constitución reconoce la primacía de los tratados internacionales “que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”. Con ello, la norma fundamental establece, tácitamente, la vigencia de la teoría del *bloque de constitucionalidad* en virtud de la cual los derechos no previstos por el ordenamiento interno, pero reconocidos por el Derecho internacional, “se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma jerarquía que la Constitución pero sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango”.⁵¹ La cláusula abierta del art. 11, num. 7 de la Constitución lo afirma.

Comparativamente, el derecho y la consecuente obligación por parte del Estado de obtener el consentimiento informado previo, prescrito por el Sistema Universal y el Sistema Interamericano, mediante evolución jurisprudencial puede entrar en contradicción con el estándar del art. 57, num. 7 que se refiere a la “consulta previa, libre e informada” lo que nos remite a uno de los principios básicos de interpretación de derechos humanos (art. 11, num. 5) por el cual, en materia de derechos fundamentales, se deberá “aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia”.

La norma internacional sobre consulta previa no solo se entiende incorporada al derecho interno por las obligaciones generales del art. 2 de la Convención Americana y la teoría del bloque de constitucionalidad, sino que, al establecer un estándar más favorable a la efectiva vigencia de los derechos humanos, prevalece por sobre la propia Constitución, por existir expresa disposición que obliga a la aplicación directa de los tratados y convenios internacionales. No podemos sino concluir que, en el Ecuador, no basta consultar previa e informadamente a los pueblos y nacionalidades indígenas sino que es necesario alcanzar su pleno consentimiento, libre de todo vicio de la voluntad, en virtud del ejercicio al derecho de autodeterminación de los pueblos y al derecho de propiedad ancestral, igualmente consagrado.

51. Ariel E. Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1997, p. 48.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, María Luisa, y María Teresa Pardo, “Reformas constitucionales y derechos culturales de los pueblos indígenas de Oaxaca”, en *Cuaderno del Sur*, No. 4, Oaxaca, 1993, citado por López Bárcenas, *Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca*, disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf>].
- Borja, Rodrigo, *Sociedad, cultura y derecho*, Quito, Planeta, 2007.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las nacionalidades Indígenas y el Estado plurinacional*, Quito, Nuestra Amazonía, 1998.
- Consejo Nacional Electoral, Plan Estratégico 2010.
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez, sentencia de Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de fondo, junio 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastang, sentencia de Fondo.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del Derecho* (traducción: César Rodríguez), Bogotá, Unibiblos, 1998.
- Dulitzky, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1997.
- Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1994, 4a. ed.
- Fundación Q’ellkaj, *Participación política electoral en el Ecuador: una mirada intercultural*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Garrarena, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- González Amuchastegui, Jesús, “Derechos humanos: universalidad y relativismo jurídico”, en Rafael Nieto Navia, edit., *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.
- Huu Dong, Nguyen, “El voto de la práctica individual a la práctica social”, en *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

- Klaus von, Beyme, *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Siglo XXI, 1996.
- Kloosterman, Jeannette, *Identidad indígena: entre romanticismo y realidad* (traducción E. Magaña), Ámsterdam, Thela Publishers, 1997.
- Kymlicka, Hill, “Derechos individuales y derechos colectivos”, en *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 16, 2009.
- Lavié Quiroga, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1987, citado por Antonio Piccato Rodríguez, “El sufragio pasivo”, en Fernando Serrano Migallón, coord., *Derecho electoral*, México, Porrúa, 2006.
- Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador.
- Manguashca, Juan, “La dialéctica de la igualdad”, en Christian Büschges, Guillermo Bustos y Olaf Kaltmeier, edits., *Etnicidad y poder en los países andinos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Universidad de Bielefeld/Corporación Editora Nacional, 2007.
- Nohlen, Dieter, *Instituciones políticas en su contexto*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Universidad Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Papacchini, Angelo, *Filosofía y derechos humanos*, Santiago de Cali, Facultad de Humanidades, 1994.
- Pastor Ridruejo, José, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Ed. Jurídicas y Sociales S.A., 2000, 7a. ed.
- Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Ricoeur, Paúl, “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis”, en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal, 1985.
- Sanchís, Luis Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Serna, Pedro, y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 404-2009-TCE.
- Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 544-553-2009-2009-TCE.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Caso Moisés Ramírez Santiago y otros vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, No. 2, 2008.

Tribunal Supremo Electoral, *Ecuador: Referéndum 2008*, Documentos Electorales No. 23, Quito, Tribunal Supremo Electoral, 2008.

Unión Europea, Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, junio de 2009.

Vitale, Ermanno, “Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental”, Roma, Universidad de Sassari, disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf].

Zambrano Álvarez, Diego, “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”, en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, eds., *Derechos ancestrales justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 15, 2009.

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2010

Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2011

Igualdad de género en la Constitución de 2008

*Andrea Karolina Cajas Córdova**

RESUMEN

Este artículo analiza el tratamiento que da la Constitución de 2008 a la igualdad enfocada en el género, y, para ello, profundiza en los principios que la configuran y en los mecanismos que permiten su efectiva realización. De ahí que, en este artículo, encontremos una aproximación teórica a la igualdad de género, a sus principios integradores y a su desarrollo en la Constitución.

Finalmente, se aborda el tema de los mecanismos que se prevén en la Constitución para la realización efectiva de la igualdad de género, desde un marco jurídico, que, al ser comparado con la realidad, evidencia una ineffectividad de varias normas constitucionales, dando como resultado deficiencias en la realización de la igualdad de género en el ámbito práctico.

PALABRAS CLAVE: Constitución, género, Estado, poder, discriminación.

SUMMARY

This paper analyzes the treatment that the 2008 Constitution gives to the equality focused on gender, and to that end, it delves into the principles shaping this Constitution and into the mechanisms that allow its effective implementation. That is the reason why we find in this article a theoretical approach of gender equality, its integrating principles, and its development in the 2008 Constitution.

Finally, this paper addresses the issue of the mechanisms foreseen in the Constitution for the effective implementation of gender equality from a legal framework, which when compared to reality, shows the ineffectiveness of various constitutional provisions, resulting in deficiencies in the implementation of gender equality on a practical level.

KEY WORDS: Constitution, gender, State, power, discrimination.

FORO

* Abogada por la Universidad Técnica Particular de Loja. Maestría (c) en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

*Entiendo que muchas mujeres hoy en día trabajan por
obtener una mayor tajada de la torta,
pero yo no lo voy a hacer...
porque prefiero trabajar para cambiar la receta.*

J. Kramarse C. Trechler

INTRODUCCIÓN

Si leemos el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador, expedida en 2008, nos encontramos con el reconocimiento de las luchas sociales históricas que se han llevado a cabo en nuestro país, en aras de terminar con todas las formas de dominación existentes. Por ello, en el mismo preámbulo, se encuentra plasmada la decisión de todos los ecuatorianos de construir, entre otras cosas, una forma de convivencia ciudadana en diversidad, para lograr alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, y una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades.

De ahí que uno de los valores que fundamenta nuestra Constitución sea la igualdad.

Partiendo de esa premisa, nuestra Constitución va más allá de la igualdad ante la ley y configura el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.¹ Observamos cómo el constituyente, al reconocer la discriminación que históricamente han venido sufriendo varios grupos de personas (entre ellos las mujeres) y las luchas por parte de organizaciones sociales, ha establecido una serie de principios y mecanismos para la realización efectiva de la igualdad.

Un ejemplo de ello es la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.²

Este ensayo tratará exclusivamente del tratamiento que da la Constitución a la igualdad enfocada en el género, por lo que profundizaremos en algunos de los principios que la configuran y los mecanismos previstos en la Constitución para su efectiva realización, todo ello, sin dejar de reconocer las deficiencias que existen en el ámbito práctico.

1. Art. 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

LA IGUALDAD DE GÉNERO

Desde el feminismo³ podemos definir lo que significa la igualdad de género. “El feminismo... parte de la toma de conciencia de que las mujeres, entendidas como colectivo humano, estamos subordinadas, discriminadas y/o oprimidas por el colectivo de hombres en el patriarcado, sistema que es anterior a todas las formas de explotación y que por lo tanto es necesario erradicar para lograr una justicia social duradera”.⁴

Desde esa perspectiva, algunas feministas como Joan Williams y Alda Facio sostienen que es necesario cuestionar las estructuras de poder y género para realizar un análisis de género. Es necesario aclarar que, al hablar de género, estamos hablando de roles sociales que tradicionalmente han sido asignados a hombres y mujeres.

De ahí que la igualdad de género exige no solo que hombres y mujeres seamos tratados igual, “sino también la deconstrucción de las normas masculinas actualmente empotradas en muchas leyes e instituciones sociales”.⁵

Se debe ir más allá de los superfluos debates sobre igualdad y diferencia que pretenden lograr que hombres y mujeres seamos tratados igual o diferente, en cada caso, ya que ello, en la mayoría de las veces, dejaría a las mujeres en situaciones de discriminación.⁶ Sin embargo, no siempre basta dicha deconstrucción. Es necesario tomar en cuenta que, a lo largo de la historia, se han ido afianzando prejuicios o estereotipos respecto de hombres y de mujeres.

El prejuicio⁷ no es otra cosa que la opinión u opiniones aceptadas acríticamente y pasivamente por la tradición, por la costumbre, o bien por una autoridad cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo, y, además, presenta un elemento de gran relevancia social por la peligrosidad que conlleva, que es la resistencia a toda refutación racional, este último elemento en cuanto a los prejuicios colectivos (compartidos por un grupo social en relación a otro grupo social). Consecuentemente, de los prejuicios colectivos deriva la discriminación.⁸

3. Como lo señala Alda Facio, el movimiento feminista debe ser entendido como el conjunto de movimientos y grupos sociales que desde distintas corrientes del feminismo luchan por el fin del patriarcado.

4. Alda Facio, *Sin feminismos otro mundo no es posible*, en [<http://www.justassociates.org/EI/%20feminismo%20necesario.pdf>], p. 2, acceso: 27.09.11.

5. Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, 2009, p. 262.

6. *Ibid.*, p. 260.

7. Entendemos a los estereotipos como prejuicios por cuanto son considerados como ideas fijas o generalizaciones superficiales que un grupo social tiene en relación a otro grupo social e incluso en relación a sí mismo.

8. Norberto Bobbio, “La naturaleza del prejuicio. Racismo hoy. Iguales y diferentes”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, 2010, pp. 157-161.

Respecto a la discriminación, Bobbio sostiene que esta descansa sobre la idea de desigualdad y hace una distinción entre desigualdades naturales y desigualdades sociales. Dice que entre hombre y mujer hay desigualdades naturales y que estas, a diferencia de las desigualdades sociales, son insuperables e incorregibles y se agravan por la superposición de una desigualdad creada por la sociedad.⁹

Estoy en desacuerdo respecto a la afirmación de Bobbio cuando dice que las desigualdades naturales son insuperables e incorregibles, asumiendo que las diferencias biológicas, e incluso me atrevo incluir a las psicológicas, entre hombres y mujeres son grandes desventajas que lamentablemente no son susceptibles de corrección. En este sentido, concuerdo con Alda Facio, quien manifiesta que a partir de una importancia exagerada a las diferencias biológicas –y de una invisibilización de las grandes similitudes– se construyen las diferencias/ desigualdades constitutivas de cada sexo: a los niños se les asigna unas características como agresivo, racional, activo, público, etc., y, a las niñas las características contrarias, es decir, dulces, emocionales, pasivas, hogareñas, etc., características estas de menor prestigio que las primeras. Entonces, a partir de esas diferencias biológicas, se asignan características, comportamientos y roles.¹⁰

Mientras se mantenga el prejuicio colectivo de que la superioridad o centralidad de lo masculino es natural, o mandato divino, siempre existirá el peligro de que esas opiniones se extiendan a algunos o muchos hombres que pueden ser inferiorizados/feminizados y se siga creyendo que la máxima aspiración de las mujeres es ser iguales que los hombres, desconociendo así que gran parte de normas e instituciones son masculinas.¹¹

Es así que cuando nos enfrentamos a los prejuicios o estereotipos que llevan a las personas, vemos que la discriminación indirecta hacia las mujeres persiste, debido al fortalecimiento de dichos prejuicios a lo largo de la historia y es aquí cuando nos enfrentamos a la necesidad de una ruptura de dichos estereotipos en el sistema educativo, en el campo laboral, en los medios de comunicación que tanto invaden con la publicidad y programas con contenidos sexista, etc., y a la implementación de acciones afirmativas por parte del Estado.

Aquí una aclaración acerca de lo que es discriminación directa y discriminación indirecta:

9. Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio. Racismo hoy. Iguales y diferentes*, pp. 165-169.

10. Alda Facio, *Feminismo, género y patriarcado*, en [<http://centraantigona.uab.cat/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>], p. 11, acceso: 15.09.11.

11. Alda Facio, *Sin feminismos otro mundo no es posible*, pp. 1-2.

Estamos frente a una discriminación directa cuando las leyes, políticas, prácticas, contienen prohibiciones específicas que discriminan de manera explícita a una persona o grupo de personas. Nos encontramos frente a una discriminación indirecta cuando en la aplicación de normas, políticas o prácticas –que a primera vista parecen neutrales– el impacto es perjudicial para grupos en situación de vulnerabilidad.¹²

Una vez hecha esta aclaración con respecto a la discriminación, énfasis en el hecho de que un análisis de género que tome en cuenta que todas las estructuras –políticas, económicas, sociales, culturales– están atravesadas por relaciones de poder que generan desigualdades, será la guía para el diseño de medidas correctivas para lograr igualdad de género. Lo que se pretende con dicho análisis es: 1. abrir los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres que cumplen un rol tradicionalmente masculino; 2. eliminar las tradicionales desventajas de las mujeres para ambos sexos; y 3. abrir las ventajas tradicionales de las mujeres a los hombres que cumplen un rol tradicionalmente femenino.¹³ Ello permitiría alcanzar el fin último del feminismo que es traer igualdad tanto a las mujeres que se encuentran desempeñando roles tradicionalmente femeninos como a las mujeres que tienen biografías masculinas.¹⁴

PRINCIPIOS QUE CONFIGURAN LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

La Constitución de la República está inspirada y fundamentada en principios y valores como la libertad, equidad, paz, igualdad, dignidad humana¹⁵ y son estos los que se van desarrollando a lo largo de nuestra Constitución. Reconoce también que hay grupos en nuestro país que han sido históricamente discriminados, entre los cuales estamos las mujeres, y que existen luchas sociales de aquellos grupos, lo que propicia un gran desarrollo en nuestra Constitución en cuanto a los derechos constitucionales a favor de dichos grupos.

Por cuanto este ensayo trata sobre la igualdad de género, profundizaremos en el principio de igualdad, valor superior que transversaliza a todo el ordenamiento jurídico, por lo que toda situación de desigualdad deviene incompatible con el orden de

12. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 139.

13. Joan Williams, *Igualdad sin discriminación*, p. 273.

14. *Ibid.*

15. Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador.

valores que la Constitución.¹⁶ Según lo señalado en líneas anteriores, en cuanto al derecho a la igualdad, nuestra Constitución va más allá de la igualdad formal, que, a pesar de ser un gran avance en cuanto a la igualdad de género, no siempre es suficiente para alcanzar su efectiva realización. El constituyente, reconociendo dicha limitación, ha plasmado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República que se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Estos tres principios son algunos de los que configuran la igualdad de género.

IGUALDAD FORMAL

La Constitución de la República, además de reconocer a las personas el derecho a la igualdad formal en el artículo antes señalado, en su art. 11 numeral 2 establece:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios... 2. Todas *las personas* son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de [...] sexo, identidad de género [...]; 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.

La igualdad formal o igualdad ante la ley significa que a todas las personas se nos debe aplicar la ley de igual manera y que todas las personas tenemos derecho a ser protegidas por la ley por igual. Este principio prohíbe todo trato diferenciado que sea arbitrario e injusto. Además prevé la prohibición de discriminar a las personas entre otras por razones de sexo, identidad sexual, etc. A estas razones se las llama “categorías sospechosas”.¹⁷ Por lo tanto, este principio prohíbe la discriminación no la diferenciación.¹⁸

Bobbio afirma que existe discriminación cuando aquellos que deberían ser tratados de igual modo sobre la base de criterios comúnmente asumidos en los países civilizados —es decir los ciudadanos— son tratados de un modo desigual.¹⁹ Resulta obvio,

16. Ángel Garrorena, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 48.

17. Las categorías sospechosas se fundan en rasgos fijos de las personas de los cuales estos no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, y, por ello, las personas han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas. Dichas categorías no constituyen por sí mismas, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Véase en Judith Salgado, *Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador*, pp. 137 y 138.

18. Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 52.

19. Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio. Racismo hoy. Iguales y diferentes*, p. 161.

que esta es una visión liberal del principio de igualdad, por lo que no sería igualdad sino identidad.²⁰ Afortunadamente, nuestra Constitución ha dado un salto cualitativo en ese aspecto y reconoce el derecho a la igualdad formal a todas las personas.

Se dice que en los debates de los movimientos feministas existe una paradoja, porque reclaman igualdades entre hombres y mujeres, y reclaman el derecho a la diferencia o diversidad. En realidad no existe tal paradoja, ya que lo contrario de la igualdad es la desigualdad, no la diferencia.²¹

La doctrina ha identificado el parámetro de “razonabilidad” para determinar el criterio que nos permita establecer cuándo un tratamiento diferenciado es discriminatorio o no. El Tribunal Constitucional Español manifiesta que “la igualdad es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”.²²

Las operaciones que se deben realizar en el juicio de razonabilidad, para determinar si una diferenciación es razonable y objetivamente justificada son: a) aislar el acto o la norma que comporta el trato desigual en contraste con la norma general (de esta idea sale la disposición triádica del juicio de igualdad: norma general, norma o acto discriminatorio, norma constitucional que prohíbe la discriminación); b) comprobar la existencia y licitud constitucional de un fin que constituye el soporte del trato diferenciado; c) indagar, desde quienes piden un tratamiento igual, cuál es el alcance del elemento común (identidad de condiciones de edad, sexo) en el que apoyan su demanda, debe ser un elemento común tal que resulte en no razonable una diferencia; d) establecer una conexión lógica y proporcionada entre el fin y la regulación diferenciada.²³

Según lo señalado, es evidente que no siempre es suficiente este principio, y se vuelve necesario conjugarlo con el principio de igualdad material.

IGUALDAD MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN

La igualdad material o sustancial, es otro de los principios que configuran la igualdad de género. Consagra una igualdad real y efectiva, que llama a rebasar la escueta igualdad jurídica tradicional, ya que exige la intervención del Estado y de la población en el plano económico y social, para eliminar o paliar las situaciones de desigualdad.²⁴ Por ello, es importante conjugar la exigencia de igualdad en los ámbi-

20. Ángel Garrarena, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 52.

21. Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio. Racismo hoy. Iguales y diferentes*, pp. 191 y 192.

22. Ángel Garrarena, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 52.

23. *Ibid.*, p. 555.

24. Luis Prieto Sanchis, *Minorías, Respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15_19.pdf], acceso: 27-09-11.

tos económico, social y cultural para entender la igualdad sustancial²⁵ y para lograr una verdadera igualdad de género.

En acuerdo con lo anterior, el Comité de la CEDAW considera que un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto (igualdad material). Se requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.²⁶

De otra parte, para entender el principio de no discriminación, que configura la igualdad de género, es importante definir qué es discriminación contra la mujer. De acuerdo al art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. En cambio, diferenciación es el trato distinto admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo.²⁷

En la Constitución de la República del Ecuador el principio de no discriminación contenido en el numeral 4 del art. 66 está reforzado en el citado numeral 2 del art. 11 de la Constitución, en el que se prohíbe la discriminación contra las personas por razón de algunas categorías sospechosas entre las que se encuentra el sexo.

Además, en el numeral 4 del art. 11 de la Constitución, se incluyen los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta. Se refiere a la discriminación directa cuando señala “que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” y se refiere a la discriminación indirecta cuando señala “que tenga por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

25. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, p. 137.

26. Recomendación General No. 25 (30° período de sesiones, 2004). Parágrafo II. Antecedentes: objeto y fin de la Convención, numeral 8, de las Recomendaciones Generales Adoptadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Disponible en: [<http://genero.sectur.gob.mx/BoletinGeneroVer5/pdf/RecomendacionesGenerales%20CEDAW%201-26.pdf>].

27. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, p. 141.

Finalmente podemos decir que el principio de no discriminación prohíbe tanto la discriminación directa e indirecta contra las mujeres y demás grupos históricamente discriminados.

MECANISMOS PARA LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Según el art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático. Según la Corte Constitucional, debemos entenderlo como “una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y, el control judicial de constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar, en última instancia, la Constitución”.²⁸

Partiendo de aquello, en la Constitución se han incluido una serie de obligaciones al Estado para lograr la realización efectiva de la igualdad de género. Es así que se declaran como obligaciones del Estado la adopción de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad,²⁹ la formulación y ejecución de políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres,³⁰ la incorporación de enfoque de género en planes y programas,³¹ la promoción de la representación paritaria de mujeres y hombres en cargos de dirección y decisión,³² la generación de las condiciones que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación; y la obligación de priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia;³³ la adopción de las medidas necesarias para garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo.³⁴

A partir de dichos preceptos, es evidente que el Estado debe ocupar un rol activo para la eliminación de la desigualdad y exclusión. Sin embargo, los ciudadanos tam-

28. Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC.

29. Tercer inciso del numeral 2 del art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

30. Art. 70 de la Constitución de la República del Ecuador.

31. Art. 70 de la Constitución de la República del Ecuador.

32. Art. 65 de la Constitución de la República del Ecuador.

33. Art. 341 de la Constitución de la República del Ecuador.

34. Art. 331 de la Constitución de la República del Ecuador.

bién estamos llamados a contribuir en ello, ya que la Constitución establece como deber y responsabilidad de los ciudadanos promover la unidad y la igualdad en la diversidad.³⁵

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General No. 3, insta a todos los Estados partes a adoptar de manera efectiva programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer; y, en la Recomendación General No. 25. Medidas especiales temporales, recordando el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, recomienda que los Estados partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.³⁶

En este sentido, el 8 de marzo de 2010, el gobierno lanzó la agenda de políticas con enfoque de género, en el que constan como puntos las políticas laborales con enfoque de género, políticas migratorias con enfoque de género, políticas de desarrollo agrícola con enfoque de género, institucionalización del *enfoque de género* en la *política* laboral y económica del sector turismo en el *Ecuador*, presupuesto general del Estado con enfoque de género.

Asimismo, en la Constitución de la República se consagran los principios de paridad, equidad y alternabilidad como fundamento para el sistema electoral, por tanto, se debe tomar en cuenta la alternancia de hombres y mujeres para conformar las listas.³⁷ Además de ello, mediante la Ley Reformatoria a la Ley de Elecciones, se estableció la obligación de los partidos políticos de conformar sus listas con candidatas mujeres, en un porcentaje mínimo del 30%, en forma alternada y secuencial, con una fórmula progresiva del incremento del 5% hasta llegar a la paridad.³⁸

Como resultado de la adopción de dichas medidas, se pudo observar que para las elecciones de 2009, la participación de la mujer alcanzó un 43%, sin embargo, para las dignidades ya elegidas la mujer alcanzó apenas el 23%, y, por lo general, las mujeres que ocupan dichos cargos son aquellas que se encuentran desempeñándose como personajes públicos en los medios de comunicación. Los datos del Consejo Nacional Electoral indican que en estas mismas elecciones un 32,3% son mujeres en la Asamblea,

35. Art. 83 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador.

36. Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

37. Art. 116 de la Constitución de la República del Ecuador.

38. Cuestionario enviado a los gobiernos sobre la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing (1995) y los resultados del Vigésimo Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General (2000). Disponible en [<http://www.un.org/womenwatch/daw/Review/responses/Ecuador-Spanish.pdf>], acceso: 05-05-11.

un 60% en el Parlamento Andino, un 8,7% en las Prefecturas, un 6,3% en las Alcaldías, un 28,6% en las Concejalías, y un 21,9% en las Juntas Parroquiales.³⁹

Igualmente la Constitución consagra el principio de paridad entre hombres y mujeres para la designación de servidores judiciales, sin embargo, en la Corte Nacional de Justicia las mujeres alcanzan apenas el 4,8%, y en el Consejo Nacional Electoral la representación de las mujeres es del 40%.⁴⁰

La Constitución establece como obligación del Estado la adopción de las medidas necesarias para que las mujeres tengan igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. De acuerdo a los datos estadísticos proporcionados por el INEC, las mujeres no han alcanzado la paridad en el mercado laboral; a continuación algunos datos en cuanto al sector urbano:⁴¹

Sexo	Tasa de ocupación global	Tasa de ocupados sector formal	Tasa de ocupados sector informal	Tasa de ocupados no clasificados por sectores	Tasa de ocupados servicio doméstico	Tasa de desempleo
Hombres	92,3%	44,4%	42,3%	5,3%	0,3%	7,7%
Mujeres	89,1%	36,1%	42,7%	2,4%	7,8%	10,9%

Con estos datos estadísticos nos damos cuenta de que, a veces, estas medidas no alcanzan para lograr la igualdad de género; aquí es cuando se requiere de una ruptura de los roles y los estereotipos en la educación, y en la división sexual del trabajo dentro del hogar, para que la participación política de las mujeres se dé en igualdad de condiciones.⁴² De ahí la importancia que toma el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que señala que los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Considero que un elemento fundamental para la ruptura de los prejuicios sociales y prácticas sociales que originan la discriminación hacia la mujer es la educación. Al

39. Los Derechos Humanos: La discriminación contra la mujer, la genética forense y el agua. En [http://www.mmrree.gob.ec/ecuador_actual/bol016.asp], acceso: 10.05.11.

40. *Ibid.*

41. Disponible en [http://www.inec.gob.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enc_emp_sub].

42. Alda Facio, jurista y experta en temas de género y derechos humanos: “No alcanza con un sistema de cupo”. Disponible en [http://www.insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3288:alda-facio-jurista-y-experta-en-temas-de-genero-y-derechos-humanos-no-alcanza-con-un-sistema-de-cupo-&catid=4:notas&Itemid=4], acceso: 15-05-11.

respecto, la Constitución establece que la educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, por lo que debe centrarse en el marco del respeto a los derechos humanos y debe ser incluyente y diversa, incluir la equidad de género.⁴³

Con el fin de cumplir con este mandato constitucional, el 29 de abril de 2008 se creó oficialmente el Programa Nacional de Educación para la Democracia, que tiene como objetivo superior formar ciudadanos y ciudadanas conscientes reflexivos y comprometidos con la positiva transformación de la sociedad ecuatoriana mediante la interiorización y ejercicio continuo de principios, valores y prácticas democráticas en la comunidad educativa, fortaleciendo a los estudiantes para ser actores sociales de cambio. Trabaja en los siguientes ámbitos de competencia: inclusión social (étnica, étnica, de género, de discapacidades, de desplazados, refugiados, migrantes); equidad de género; responsabilidad social; etc.

Es necesario conocer la real implementación del programa y en ello nos ayuda el Informe semestral de proyectos del Programa Nacional de Educación para la Democracia difundidos a nivel nacional de enero a julio de 2009, en el que constan, entre otros estos proyectos realizados: Formación de Red provincial del Programa con funcionarios de perfil en democracia y ciudadanía, que tiene como objetivo socializar los proyectos del Programa en provincias, facilitando procesos de democracia, participación y ciudadanía en la trilogía educativa; Proyecto “Derechos humanos, el Holocausto y los genocidios recientes”, que tiene como objetivo valorar la importancia del conocimiento y práctica de los derechos humanos en el desarrollo de las sociedades; Códigos de Convivencia: convertir a los planteles educativos en territorios de paz y convivencia Armónica; Talleres de “Principios, valores y prácticas democráticas” que tiene como objetivo fortalecer e interiorizar conceptos y prácticas democráticas a través de principios y valores en la sociedad; y, “Dicho y hecho”, versión didáctica del Código de la Niñez y Adolescencia que es un material para el uso continuo del docente y el estudiante que nos permite reforzar muchas de nuestras creencias y conductas de responsabilidad y consideración con los niños, niñas y adolescente.⁴⁴

De otra parte, es importante recalcar que el Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas para lograr la igualdad de género y, en nuestro país, aún falta mucho por hacer, por ello es importante entenderlas.

Las acciones afirmativas son mecanismos positivos de carácter temporal que buscan cristalizar la igualdad material y acelerar la igualdad real entre grupos, cuando

43. Art. 27 de la Constitución de la República del Ecuador.

44. Informe semestral de proyectos del programa difundidos a nivel nacional. Enero a julio de 2009. En [\[http://www.educacion.gov.ec/_upload/informe%20semestral.pdf\]](http://www.educacion.gov.ec/_upload/informe%20semestral.pdf), acceso: 15-05-11.

uno de ellos ha sido históricamente discriminado.⁴⁵ Es necesario pensar a la acción afirmativa no solo como medida política sino, también, concebirla dentro del marco de justicia reparativa, lo que implica aceptar la existencia y pervivencia de la discriminación de género estructural-institucional-sistemática, y la complicidad y responsabilidad del Estado en su creación, manutención y perpetuación.⁴⁶

La perspectiva de reparación en las acciones afirmativas para lograr la igualdad de género nos permite la inclusión de las mujeres y nos coloca en la necesidad de remediar, enfrentar y transformar el orden de desigualdad e inequidad histórico-social al que hemos estado sometidas.⁴⁷

Como hemos anotado, falta mucho por hacer en cuanto a las acciones afirmativas, sin embargo, se debe reconocer que en la Constitución se consagra la garantía jurisdiccional de acción de protección que nos permite reivindicar de manera efectiva nuestro derecho a la igualdad y no discriminación, cuando ha sido violado.⁴⁸

CONCLUSIÓN

Al remitirnos a la Constitución de la República del Ecuador, es evidente que hay un reconocimiento de que las mujeres somos un grupo discriminado históricamente que ha llevado a cabo luchas sociales para la reivindicación de sus derechos discriminados. Por ello, a lo largo de su texto se consagran principios y se establecen obligaciones para el Estado y los ciudadanos y ciudadanas, con el fin de lograr una igualdad de género.

En efecto, se han creado programas con enfoque de género, se han tomado algunas medidas para incrementar la participación de las mujeres en el ámbito público, y se nos ha proporcionado a las mujeres un instrumento efectivo para la reivindicación cuando se ha conculcado nuestro derecho a la igualdad y no discriminación –acción de protección–. Sin embargo, de los datos estadísticos se desprende que aún existen grandes desigualdades entre hombres y mujeres, por lo que todavía falta mucho por hacer.

45. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, pp. 141 y 142.

46. Catherine Walsh, *Acción afirmativa en perspectiva (Afro) reparativa. Hacia la nueva constitucionalidad ecuatoriana, Informe de consultoría preparado para la Corporación de Desarrollo Afroecuatoriano-CODAE*, Quito, agosto, 2009, p. 13.

47. Catherine Walsh, *Acción afirmativa en perspectiva (Afro) reparativa. Hacia la nueva constitucionalidad ecuatoriana, Informe de consultoría preparado para la Corporación de Desarrollo Afroecuatoriano-CODAE*, p. 18.

48. Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto, “La naturaleza del prejuicio. Racismo hoy. Iguales y diferentes”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

Constitución de la República del Ecuador.

Convención de Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW).

Garrorena, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.

Recomendaciones Generales del CEDAW.

Salgado, Judith, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.

Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC.

Walsh, Catherine, *Acción afirmativa en perspectiva (afro) reparativa. Hacia la nueva constitucionalidad ecuatoriana*, Informe de consultoría preparado para la Corporación de Desarrollo Afroecuatoriano-CODAE, Quito, agosto, 2009.

Recursos web

[<http://centreantigona.uab.cat/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>].

[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volI/doxa15_19.pdf].

[<http://genero.sectur.gob.mx/BoletinGeneroVer5/pdf/Recomendaciones%20Generales%20CEDAW%201-26.pdf>].

[<http://www.un.org/womenwatch/daw/Review/responses/ECUADOR-Spanish.pdf>].

[http://www.mmrree.gob.ec/ecuador_actual/bol016.asp].

[http://www.inec.gob.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enc_emp_sub].

[http://www.insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3288:alda-facio-jurista-y-experta-en-temas-de-genero-y-derechos-humanos-no-alcanza-con-un-sistema-de-cupo-&catid=4:notas&Itemid=4].

[<http://www.educacion.gov.ec/interna.php?txtCodiInfo=133#>].

Fecha de recepción: 17 de junio de 2011
Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2011

Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, 366 pp.

por Pablo Alarcón
Peña*

El derecho de los jueces, de autoría del profesor colombiano Diego López Medina, se constituye en una de las principales obras que han aportado a la construcción y al cambio de la visión predominante del Derecho e *ius teória* no solo en su país sino también en Latinoamérica. Dicha construcción se genera a partir de un análisis crítico de la concepción e influencia tradicional en el sistema jurídico colombiano del sistema de fuentes del Derecho de origen francés y español, comprendido desde el S. XVIII hasta finales del S. XIX y,

por tanto, del papel de subordinación que desempeñaba la jurisprudencia en relación a la ley bajo la escuela de pensamiento jurídico predominante en ese entonces, el formalismo jurídico.

En esa línea la obra parte de un análisis del contexto histórico del sistema jurídico colombiano, principalmente desde la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, texto constitucional que marcó un cambio en la forma de entender y concebir el Derecho. De manera sucinta se pueden destacar de la obra capítulos interesantes relacionados con los conceptos y evolución que ha tenido la jurisprudencia en tanto fuente de Derecho en Colombia, la lucha permanente entre los distintos actores políticos por lograr el control y hegemonía de las fuentes, el sistema de precedentes en las altas cortes colombianas y, finalmente, un aspecto trascendental desde la concepción del *Derecho judicial*, la forma cómo alcanzar certeza, seguridad jurídica e igualdad, a partir de una fuente distinta a la ley en sentido formal.

Con este contexto el autor ofrece las herramientas para el manejo del Derecho jurisprudencial, el cual, por su rasgos característicos, difiere del Derecho legislado, es decir, cuenta con una serie de parámetros especializados, entre ellos, el análisis estático y dinámico del precedente jurisprudencial. Como se desprende del contenido del libro, quizás sus mayores contribuciones desde el punto de vista sociológico se concentran en su intento por sistematizar la jurisprudencia colombiana y, consiguientemente, generar un aporte para jueces y usuarios del sistema de administración de justicia.

Aun cuando los efectos positivos más palpables de la obra de López Medina se pueden percibir claramente en la dimensión pragmática del Derecho, ello no habría

* Secretario Técnico Jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Docente del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

sido posible sin el análisis pormenorizado de la dimensión abstracta del Derecho, que generalmente es menospreciado en nuestra cultura legalista; nos referimos en particular a la evolución de la *ius teoría* desde la concepción comparada del Derecho. En esa línea, considerando la relación con la experiencia jurídica ecuatoriana, y con la finalidad de facilitar la lectura del texto, se sugiere al lector que el capítulo final de la obra denominado “Teoría del derecho judicial: el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista del derecho” sea objeto inicial de lectura antes de abordar los capítulos iniciales del libro.

Por su importancia, haremos referencia al capítulo en mención. En él se ponen de manifiesto inicialmente las características y rasgos comunes de la escuela formalista y su influencia en la estructura del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, durante el predominio de la escuela formalista del Derecho, el sistema de fuentes se caracterizaba, acorde con la influencia propia de los sistemas prestigiosos pertenecientes a la familia romano-germánica, por su estructura *ordenada-piramidal* en donde la ley de origen parlamentario se constituía en la fuente hegemónica del Derecho, dejando a otras fuentes ajenas a la producción legislativa una función auxiliar. Es así que, dentro del sistema ordenado de fuentes del Derecho de origen formalista, se parte de la plenitud y coherencia de la ley en sentido formal y se advierte la imposibilidad de realizar interpretaciones con carácter *post legislativo*. En cuanto a los efectos de las fuentes desde la dimensión formalista, la ley es la única autorizada para generar efectos *sistémicos*, dejando a la jurisprudencia, en tanto fuente subordinada a la ley, la generación de efectos exclusivamente *inter partes*. En definitiva, tal como lo destaca el autor, se parte de la confianza plena en la capacidad del legislador para regular *a priori* todas las circunstancias sociales que se puedan generar en el futuro.

Posteriormente, continuando en su análisis *ius teórico*, López Medina destaca desde el punto de vista del Derecho comparado una corriente de pensamiento jurídico antagónica al formalismo jurídico, muy propio de los sistemas jurídicos que integran la familia del *common law*; nos referimos al *realismo jurídico*. En ellos, como acertadamente analiza el autor, a diferencia de lo que sucede en el sistema ordenado de fuentes inherente al formalismo jurídico, la jurisprudencia desempeña un papel diferente, pues mientras la ley en sentido formal partía de una concepción de validez formal sustentada en los procedimientos de formación de la misma y en su carácter estático, el realismo jurídico se construye a partir de la dimensión sociológica del Derecho y, por tanto, evalúa su eficacia respecto a sus destinatarios. Desde esta dimensión sociológica, la jurisprudencia se constituye en la fuente hegemónica encargada de crear Derecho vivo, acorde con la sociedad que pretende regular y, por consiguiente, desconociendo cualquier tipo de Derecho objetivo, incluso los propios precedentes jurisprudenciales.

Ante esta relación de tensión entre las escuelas de pensamiento jurídico formalistas y realistas, concentrada principalmente en el planteamiento de tesis extremas sobre la hegemonía de dos fuentes distintas del Derecho (ley *vs.* jurisprudencia), se destacan en la obra una serie de *ius* teóricos de finales del siglo XIX, particularmente un grupo denominado “inquietos franceses”, liderado por pensadores como Francois Géný, Salleiles, Josserand, René David, entre otros, que reciben esa denominación por sus planteamientos por demás sorprendentes, respecto al papel que desempeña la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes, si consideramos que fueron educados bajo la influencia tradicional formalista francesa. Los inquietos franceses, integrantes de esta nueva escuela de pensamiento jurídico catalogada como *antiformalista*, a diferencia de la tesis principal del formalismo jurídico y, en coincidencia con la escuela de pensamiento predominante en el sistema angloamericano de la época, advierten una sensibilidad y cuestionamiento frente a la posibilidad de que la ley en sentido formal pueda continuar regulando *a priori* y hacia el futuro todas las circunstancias sociales que podrían generarse en la sociedad. De esta manera, los conceptos de coherencia y plenitud del sistema ordenado de fuentes del Derecho y la imposibilidad de realizar interpretaciones *post legislativas*, todas ellas características fundamentales del formalismo jurídico, sufren desde esta escuela de pensamiento jurídico una erosión considerable. Sin necesidad de recurrir a posiciones extremas, la escuela antiformalista se constituye como una *tesis intermedia*, que se puede sintetizar en los planteamientos de Roscoe Pound en 1933: “No tenemos que escoger entre el derecho concebido como un cuerpo de reglas y el derecho concebido como todo aquello que determina la acción del juez. El derecho es más complejo que un conjunto de reglas, pero tampoco es tan heterogéneo como para creer que sean fuentes de ese derecho todos los factores que ocurren en las salas de audiencias”.¹

Consecuentemente, el antiformalismo parte de la insuficiencia de la ley para regular todas las circunstancias de la sociedad y de la necesidad de contar con un juez activo que logre alcanzar la eficacia del Derecho objetivo. Se trata, en definitiva, de concebir que el Derecho no pueda bajo las circunstancias actuales, reducirse a la ley en sentido formal. En este punto se marca una diferencia categórica con el realismo jurídico, pues conforme señala el autor, no se pretende desconocer el Derecho objetivo, tampoco se parte de una pérdida de fuerza normativa de la ley, por el contrario, lo que se busca es revalorizar el papel de la jurisprudencia en tanto fuente, y dinamizar a partir de la hermenéutica al ordenamiento jurídico y a sus distintas fuentes del Derecho. Es así que, desde la escuela antiformalista, se parte de la

1. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, p. 274.

estructura de un sistema de fuentes *paritario*, en el que la jurisprudencia está en un nivel jerárquico igual al de la ley en sentido formal el momento en que la interpreta, muy similar a como opera el sistema de fuentes del Derecho angloamericano, en el cual es común el aforismo de que la Constitución es lo que el juez dice que es.

En definitiva, la escuela antiformalista destaca una revalorización de la jurisprudencia y resalta la necesidad de establecer distinciones entre lo que es una prescripción normativa y una norma, esta última producto de una necesaria interpretación de la primera. A consecuencia de este rol activo del juez, y de la insuficiencia de la prescripción normativa, se matiza la necesidad de contar con un parámetro de legitimidad en las decisiones de los jueces, la *argumentación científica*. Como se evidencia, producto del análisis que realiza el autor de la dimensión abstracta del Derecho en el capítulo 7 de la obra, y de la evolución de las distintas escuelas de pensamiento jurídico que allí se destacan, es posible comprender la utilidad que reviste el análisis de *El derecho de los jueces*, que se aborda a lo largo del libro.

Debe enfatizarse, acorde a lo analizado por el autor, que la realidad de una jurisprudencia revalorizada no es una circunstancia jurídica ajena a los sistemas jurídicos latinoamericanos, pues basta examinar sus ordenamientos para constatar que la influencia hegemónica y exclusiva de la familia romano germánica ha sido superada, encontrando, ahora, una clara influencia también de los sistemas pertenecientes al *common law*. Ante esta nueva realidad normativa latinoamericana, que se puede identificar en sistemas jurídicos como el colombiano, es preciso la generación de diálogos comparativos críticos con sistemas que cuentan con experiencia en el manejo y desarrollo de fuentes alternativas a la ley en sentido formal; ejemplo de ello es la obra del profesor Diego López Medina, que, más allá del análisis del Derecho judicial, nos brinda insumos importantes para la generación de una nueva visión y estudio del Derecho comparado desde la realidad de los sistemas latinoamericanos.

Finalmente, es importante destacar los aportes del libro respecto al caso ecuatoriano, sistema jurídico que, de manera similar a lo sucedido en Colombia con la Constitución de 1991, marca a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 una serie de reconocimientos a la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho objetivo; ejemplo de ello son los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1 y 6 de la Carta Política ecuatoriana. Por otro lado, desde la dimensión abstracta del Derecho, el texto nos invita a cuestionarnos acerca de la escuela de pensamiento jurídico predominante en los sistemas jurídicos latinoamericanos contemporáneos. *El Derecho de los jueces* en definitiva, es un texto de consulta obligatorio para operadores jurídicos y académicos ecuatorianos.

Ramiro Ávila Santamaría,
El neoconstitucionalismo transformador: el Estado de Derecho en la Constitución de 2008, Quito, Ediciones Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, 307 pp.

por Pablo Bonilla
Urbina*

El texto de Ramiro Ávila no se clausura a sí mismo, ya que obliga a una constante relectura por su extenso patrimonio semántico, que permite al lector tomarlo y retomararlo. La carga de conceptos con el que cuenta brinda la oportunidad para realizar un ejercicio hermenéutico permanente.

Al realizar la lectura de *El neoconstitucionalismo transformador*, he identificado tres factores que invitan a sumergirse en sus páginas. El primero es su carácter interdisciplinario, el segundo es la búsqueda de una identidad propia,

y el último es su carácter provocador y crítico.

Ramiro Ávila aboga por la interdisciplinariedad, que se encuentra transversalmente expuesta en toda su obra, llevando a la práctica a la misma, por lo cual no requiere de una justificación o defensa expresa,¹ salvo en pequeños pasajes donde manifiesta esta inclinación por el diálogo fluido entre saberes,² eliminando todo tipo de prejuicios relativos a este tema, como la limitación originada en la existencia de estructuras lingüísticas exclusivas y diversas al derecho, así, como también, en el escollo relativo al carácter autopoiético o autorreferencial de la ciencia jurídica.

Para entender estos inconvenientes de carácter epistemológico, y, posteriormente, adherirnos a la propuesta de Ramiro Ávila, resumimos las ideas expresadas por Minor Salas³ en uno de sus ensayos: el obstáculo de comunicación, entre campos de estudio e investigación, se debe a cada uno de ellos cuenta con herramientas metodológicas y conceptuales específicas, que impiden construir vínculos por la

* Abogado en libre ejercicio profesional.

1. En la presentación de la obra *El neoconstitucionalismo transformador*, surgió la sugerencia, de parte de José Vicente Troya, que Ramiro Ávila desarrolle su concepción relativa a la interdisciplinariedad en futuras ediciones. No obstante, opino que la mejor forma de alegar por ella no es su descripción, o su motivación filosófica, sino en su aplicación directa, como lo hace Ávila, en el transcurso de todo el texto.
2. Ávila considera que la teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia deberían colaborar para transformar la realidad a partir del texto constitucional, evadiendo toda inclinación de autosuficiencia de estas disciplinas. Ver Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 154.
3. Minor Salas, "Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración científica?", en *Revista de Ciencias Sociales*, No. 113-114, San José, Universidad de Costa Rica, 2006, pp. 55-69.

ausencia de un lenguaje compartido o neutral que permita un diálogo entre juristas e investigadores de otras áreas sociales.

Las palabras o términos tienen sentidos o aplicaciones distintas, en cada paradigma de conocimiento. Por ejemplo, el lenguaje jurídico consta de categorías abstractas y aceptadas convencionalmente, no reproducibles en otras disciplinas que se basan en antecedentes empíricos. Además, el uso de lenguajes particulares condicionan la comprensión por parte del sujeto de las manifestaciones fenomenológicas de la realidad. Por ello, la producción de vocablos específicos, a cada espacio del saber, que en un inicio eran instrumentos técnicos para captar el mundo exterior, luego se convirtieron en barreras para la aprehensión del objeto de estudio, ya que su proceso de acercamiento está predeterminado por el lenguaje seleccionado.

Otro de los problemas del Derecho es el considerarlo como un sistema cerrado, autosuficiente, con capacidad para generarse a sí mismo, es decir, de originar sus propios elementos, preservarlos e interpretarlos sin ayuda o auxilio de otra disciplina.

Por lo tanto, el derecho se convierte en autorreferencial, en un círculo vicioso compuesto solo por componentes normativos, ya que el propio Derecho establece de forma autónoma sus exclusivos dispositivos de nacimiento, mutación y extinción. Sin embargo, hay una realidad que afecta el desarrollo y aplicación del orbe jurídico que no puede ser entendida dentro de los límites autoimpuestos por el Derecho. Al criticar este carácter autopoietico que impide la interdisciplinariedad, Ávila señala que el Estado de Derecho incorporó la idea equivocada de que el Derecho tiene un grado de autosatisfacción e independencia, que no necesita de otras ciencias, e incluso no precisa de la propia realidad, ya que el Derecho se remite al fruto exclusivo de la función legislativa, es decir, a la ley.⁴ Ávila, al final de su obra, aspira a sacar al Derecho de la “burbuja autoreferencial”⁵ a la cual se ha remitido, para exigir su comunicación con otras ciencias, con el único fin de promocionar nuevos arquetipos de construcción social que permitan una transformación en beneficio de los peor situados.⁶

En defensa de la postura interdisciplinaria de Ramiro Ávila, rescatamos la conclusión dada por Minor Salas, que expresa que la principal barrera para desarrollar un trabajo compartido e integral entre áreas de saber diferentes se encuentra en la disposición de los sujetos cognoscentes, en su voluntad por ser partícipes de una labor intelectual conjunta y vinculada, en la que se deje de lado la vanidad por el conocimiento especializado y reduccionista.⁷

4. Ver Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador...*, p. 137.

5. *Ibid.*, p. 274.

6. *Ibid.*

7. Minor Salas, “Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales...”, p. 68.

En búsqueda de una identidad jurídica, que permita la construcción de un pensamiento propio sin desconocer o rechazar los aportes constitucionales occidentales.

Para Ávila, es indispensable asumir el reto de crear y aceptar formas de organización política, diferentes a las patrocinadas por Europa occidental.

Sin duda, el neoconstitucionalismo del viejo continente ha brindado aportes significativos, entre los cuales tenemos: a) la priorización de los aspectos sustanciales o dogmáticos de la Carta Fundamental, como son los derechos en ella establecidos; b) la rigidez constitucional, que implica la imposibilidad por parte de la función legislativa de introducir cambios al texto fundamental por mecanismos ordinarios; c) la aplicación directa de los derechos constitucionales sin que se necesite desarrollo legislativo previo; d) la creación de dispositivos de control constitucional concentrado o difuso en caso de transgresión de normas fundamentales.⁸

Así mismo, Ávila destaca las siguientes contribuciones del neoconstitucionalismo latinoamericano: a) la ampliación de los derechos en las cartas constitucionales de América Latina, en las cuales se recogen los derechos económicos, sociales y culturales, fruto de la lucha de los movimientos sociales y de la aceptación por parte del constituyente de la existencia de demandas no cubiertas a grupos vastos de la población;⁹ b) la implementación del control mixto de constitucionalidad, que significa que los jueces ordinarios supervisan la aplicación correcta de la Constitución en los casos concretos y, simultáneamente, la Corte o Tribunal Constitucional crea decisiones de carácter abstracto que contienen fuerza vinculante general;¹⁰ c) la posición proactiva del Estado, garantizando de esta manera la cobertura de los derechos fundamentales, estimulando una conducta estatal solidaria y comprometida, y evitando una actuación neutral y subsidiaria;¹¹ d) por medio del constitucionalismo económico, el Estado debe fomentar modelos de desarrollo que tengan como fin la igualdad y la equidad;¹² e) en cuanto al presidencialismo reforzado, Ramiro Ávila considera que, más que un aporte positivo a la ingeniería constitucional, esta figura institucional permite un debilitamiento de la democracia participativa, una concentración excesiva del poder y una tentación al caudillismo y al populismo.¹³ Para Ávila, sería una opción válida un régimen semiparlamentario.¹⁴

8. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, pp. 53-54.

9. *Ibid.*, pp. 60-63.

10. *Ibid.*, p. 64.

11. *Ibid.*, pp. 65-69.

12. *Ibid.*, pp. 69-70.

13. *Ibid.*, pp. 71-73.

14. *Ibid.*, p. 115.

El tratamiento de la crisis, tanto del Estado como del Derecho contemporáneo, por parte de académicos europeos, es insuficiente para adoptarlo de forma integral en nuestro contexto; ya que dicho diagnóstico se basa en una realidad distinta a la de la región andina, la cual sufrió la imposición de un sistema colonial, que permanece a través de estructuras patriarcales de subyugación.¹⁵ Por ello, el modelo jurídico, es aquel que tome en cuenta un proceso de descolonización, que integre y reconozca a grupos humanos que fueron marginados de los beneficios sociales.¹⁶ La respuesta occidental restringida al Estado es débil e imperfecta, porque el mundo andino está conformado por una diversidad de pueblos, que se ordenan a través de aparatos organizativos distintos a los oficiales. Por lo tanto, es necesario el reconocimiento de estas estructuras institucionales y normativas que se encuentran al margen de la cultura hegemónica y que promueven conceptos distintos, como la democracia comunitaria o los modelos de desarrollo alternativos al extractivista.

Recogiendo el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, Ávila resalta el aporte del constitucionalismo posmoderno, en especial, el denominado “constitucionalismo oculto”,¹⁷ llevado a cabo por los pueblos aborígenes, ya que este “constitucionalismo antiguo de los ayllus”¹⁸ contiene características de distribución de la riqueza, de reconocimiento de la diversidad,¹⁹ que, unido a los otros constitucionalismos contemporáneos en una comunicación y trabajo permanentes y compartidos, pueden ser una fuente de transformación y emancipación. Para Boaventura de Sousa Santos esto se convertiría en un “neocosntitucionalismo experimental”,²⁰ que se alimenta de y coexiste con el neoconstitucionalismo de raíz europea y el de raíz latinoamericana.

Relacionado con el mismo tema, Ávila asume riesgos al proponer nuevas categorías jurídico constitucionales para entender el contexto de la región andina, como la expresión “estado de derechos”, que, por un lado, el autor, justifica desde el punto de vista de la diversidad, como el reconocimiento por parte de la estructura estatal de los distintos ordenamientos normativos que conviven simultáneamente en un mismo espacio territorial; por lo tanto, uno de los criterios esgrimidos para entender el término “estado de derechos” sería la pluralidad jurídica, que implica a su vez una multiplicación de las fuentes del derecho.²¹ La argumentación de Ávila a su nueva

15. *Ibid.*, pp. 75-76.

16. *Ibid.*, pp. 76-77.

17. *Ibid.*, p. 85.

18. *Ibid.*, p. 202.

19. *Ibid.*, p. 85.

20. *Ibid.*, p. 239.

21. *Ibid.*, pp. 123-134.

expresión ha sido impugnada, puesto que se considera repetitivo e innecesario recalcar una característica que se puede enmarcar dentro del concepto de plurinacionalidad.²² Sin embargo, mi opinión es que la noción de “estado de derechos” sería adecuada ante un proceso que requiere legitimación permanente como la aceptación y vigencia de instituciones y sistemas jurídicos diferentes a los oficiales.

El último de los factores que invitan a la lectura de la obra *El neoconstitucionalismo transformador*, de Ramiro Ávila, es su disposición al debate permanente, ya que considera su propuesta conceptual y metodológica como un “saber crítico que cuestiona y se cuestiona”,²³ como un “neoconstitucionalismo inconforme e incompleto”²⁴ y, por lo tanto, susceptible de crítica y autocrítica; en fin, una obra no cerrada en sí misma, no terminada, sino una obra abierta a la discusión, una obra en construcción no solo en plano estrictamente teórico sino también en el plano práctico.

22. Crítica realizada por el Dr. Agustín Grijalva en la noche de presentación de la obra.

23. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, p. 239.

24. *Ibid.*

Agustín Grijalva Jiménez,
Constitutionalismo en Ecuador, t. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011, 290 pp.

por María Elena
Jara V.*

Constitutionalismo en Ecuador es una obra que agrupa y sistematiza varios artículos del profesor Agustín Grijalva, docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar. Los *términos del proceso de constitucionalización* en el país constituyen el hilo conductor entre los componentes de esta obra, orientada por una premisa clara: a pesar de que es claro que el fenómeno de la constitucionalización —es decir, “la irradiación gradual de la Constitución sobre el Derecho, las instituciones y la política”—¹ está marcando nuestra época, existen varias contradicciones e inclusive retrocesos en la vigencia de la Constitución en nuestro país. En este contexto, la obra se centra en dos temas: derechos y justicia constitucional, previa una introducción sobre los cambios más importantes introducidos en la Constitución de 2008 frente a su antecesora.

SOBRE LA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El autor analiza las modificaciones relevantes introducidas por la Constitución de Montecristi, en comparación con la Constitución de 1998, valiéndose de cinco ejes de reflexión: el fortalecimiento del rol del Estado en la economía; derechos y garantías; plurinacionalidad; nuevas funciones: participación y función electoral; y, organización territorial. Este panorama general se complementa con un análisis sobre el fundamento constitucional de la nueva economía,² que persigue determinar las características del sistema económico, etiquetado por la Constitución vigente como *social y solidario*.³ En este estudio, uno de los pocos que se han generado sobre este tema desde la perspectiva jurídica en el país, se establecen y analizan cinco principios rectores del nuevo ordenamiento económico: el ser humano como sujeto y fin; el equilibrio en la relación sociedad-Estado-mercado; la armonía con

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Agustín Grijalva, *Constitutionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 2011, p. 17.
2. Parte del libro elaborada con la colaboración de Julio César Trujillo.
3. Art. 283 de la Constitución de 2008.

la naturaleza; el *sumak kaway*; y la relación entre economía social y solidaria y plurinacionalidad. El ejercicio hermenéutico desarrollado en este capítulo, principalmente a través de la interrelación de normas constitucionales, para perfilar los contornos de conceptos tan amplios y tan importantes en la Constitución vigente, como economía *social*, economía *solidaria* y *buen vivir*, es particularmente interesante desde mi punto de vista.

SOBRE LOS DERECHOS⁴

El autor plantea inicialmente la cuestión de las tensiones y complementariedades entre democracia y derechos humanos. Para explicar las tensiones, el profesor Grijalva contrapone al constitucionalismo⁵ con la teoría democrática de la Constitución.⁶ El primero, caracterizado por establecer derechos humanos, indiscutibles e intocables por las mayorías políticas coyunturales, a fin de evitar que estas erosionen indebidamente los derechos. La segunda, orientada por la idea de la inexistencia de derechos intocables que deban ser abstraídos de la decisión ciudadana, y defensora de que sean los ciudadanos los que definan la extensión de los derechos. El autor canaliza críticamente los aportes de estas tendencias hacia una reflexión sobre la participación ciudadana, y procesos de reformas constitucionales, partiendo de la premisa de que es falsa la dicotomía que se suele plantear entre mantener los derechos estáticos o cambiarlos permanentemente, pues, si bien los derechos mantienen un contenido mínimo, son al mismo tiempo objeto de desarrollo y regulación. El profesor Grijalva concluye este tema destacando que son más las complementariedades que las tensiones entre derechos humanos y democracia, y subraya la importancia de los derechos humanos en el diseño de políticas públicas.

Ya en ámbitos específicos, el autor estudia la situación de los derechos de propiedad, relativos al ambiente, y de acceso al agua, dentro de un contexto más amplio que explora el régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles, y recursos naturales; los avances y límites en el fortalecimiento de derechos colectivos, en conexión con los conceptos de plurinacionalidad e interculturalidad; la situación de derechos sociales, en el marco del fenómeno de la migración; y, la evolución de los derechos políticos de las mujeres en el contexto nacional; todos estos, temas relevantes para la consolidación de un Estado auténticamente democrático.

4. Sobre este tema, del mismo autor se puede consultar, por ejemplo: “Derechos humanos y democracia en Habermas”, en *Filosofía e historia del derecho*, Bogotá, 2010, pp. 255-272.

5. Corriente de la cual el autor escoge a Luigi Ferrajoli como representante.

6. Corriente de la cual el autor escoge a Roberto Gargarella como representante.

SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Este tema ha sido ampliamente estudiado por el autor.⁷ En la obra materia de revisión, Grijalva inicia su exposición mediante un análisis de los sistemas de control constitucional adoptados por el Ecuador a lo largo de su historia republicana, segmentada en tres períodos: soberanía parlamentaria (de 1830-1945); surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996), y desafíos de institucionalización (de 1996 hasta el presente).⁸

Posteriormente, el autor enfoca el tema de la independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador, como condición indispensable para la efectividad de la Constitución. Una de las reflexiones más interesantes, por los efectos prácticos que se vislumbran, es la atinente a la relación inversamente proporcional entre acceso a la justicia constitucional y eficiencia de la misma. El autor se refiere a lo acontecido con el amparo bajo la Constitución de 1998, cuyo diseño permitía en teoría mayor acceso a justicia constitucional, pues todos los casos llegaban al Tribunal Constitucional. Sin embargo, la congestión de casos repercutía en la calidad de los fallos y en la disponibilidad del Tribunal Constitucional para concentrarse en casos en los que se podía generar jurisprudencia más importante. La mayor protección de derechos era por lo tanto, solo aparente. Bajo estas consideraciones, el autor explica cómo se procedió a reformar la Constitución de 2008, permitiendo a la Corte seleccionar los casos a resolver, como sucede en otros países. Se impone la evaluación de este sistema, permisivo de un grado alto de discrecionalidad de la Corte, que, como el mismo autor expone, debería compensarse con un alto nivel de profesionalismo de quienes son miembros de tal Corte.

En este capítulo se tratan finalmente dos temas relevantes: las evoluciones de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008 frente a la Constitución de 1998, con énfasis en las garantías jurisdiccionales: acción de protección, acción extraordinaria de protección, hábeas corpus, acción de incumplimiento, acceso a la información pública y hábeas data. La acción extraordinaria de protección es analizada con mayor detenimiento. Entre los aspectos más interesantes, se encuentra el análisis de las corrientes antagónicas que conviven la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expedida en el 2009: “una de corte garantista, acorde con la Constitución, que busca desarrollar las garantías e

7. Ver especialmente la disertación mediante la cual el autor obtuvo su título de PhD en la Universidad de Pittsburg, titulado “Courts and political parties: the politics of constitutional review in Ecuador”, disponible en [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf], acceso: 13.I.2012.

8. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en el Ecuador*, p. 169.

instituciones constitucionales. Otra, restrictiva de las garantías, anclada en el formalismo y legalismo, que se expresa en disposiciones de la misma ley de dudosa constitucionalidad”.⁹ Finaliza el autor subrayando la necesidad de que se desarrolle jurisprudencia constitucional que corrija e interprete la normativa legal que se aparta del norte constitucional.

En conclusión, *Constitucionalismo en Ecuador* constituye otro aporte relevante del profesor Grijalva para el desarrollo de esta rama del Derecho en el Ecuador. La lectura de esta obra es ampliamente recomendable para quienes buscan un análisis de la evolución del constitucionalismo en el país, en el que se conjuguen corrientes doctrinarias, antecedentes fácticos y desarrollos normativos, con relación a los temas expuestos.

9. *Ibid.*, p. 254.

**Análisis de la sentencia interpretativa
0006-09-SIC-CC, caso 0012-08-IC
¿Tiene el Estado ecuatoriano derecho
a participar en al menos el 50% de
los beneficios que se generan en el
sector de las telecomunicaciones?**

*Ma. Elena Jara Vásquez**

RESUMEN

Se revisa la sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC, caso 0012-08-IC, expedida por la Corte Constitucional para el período de transición. En lo principal, esta sentencia analiza si el segundo inciso del Art. 408 de la Constitución ecuatoriana es aplicable al sector de las telecomunicaciones. La mencionada norma dispone que el Estado debe participar en los beneficios del aprovechamiento de varios recursos –entre ellos los no renovables y el espectro radioléctrico– en un monto que no debe ser inferior a los de la empresa que los explota. La importancia económica de la decisión de la Corte es evidente, pues incide directamente en el alcance del derecho de propiedad, tanto del Estado como de los particulares que realizan actividades en el sector de las telecomunicaciones. Pese a la relevancia económica del asunto, la motivación es escasa, y la línea de argumentación oscura, e inclusive contradictoria.

PALABRAS CLAVE: espectro radioléctrico; propiedad estatal; reformas constitucionales; art. 408 de la Constitución ecuatoriana; empresas públicas.

SUMMARY

We revise the interpretative resolution No. 0006-09-SIC-CC, case-IC 0012-08, issued by the Constitutional Court for the transitional period. Primarily, this resolution examines whether the second paragraph of Article 408 of the Ecuadorian Constitution is applicable to the telecommunications sector. The aforementioned article provides that the State must participate in the benefits of the use of various resources, including non-renewable and the radioelectric spectrum, in an amount

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar en materias vinculadas con orden público económico, derecho comercial y arbitraje.

that must not be inferior to those of the company that exploits them. The economic importance of the resolution of the Court is clear, because it directly affects the extent of property rights, both those of the State and those of individuals engaged in the telecommunications sector. Despite the economic importance of the case, the motivation is weak; and the line of argumentation results dark and even contradictory.

KEY WORDS: State property; radioelectric spectrum; economic effects of the Constitution. Article 408 of the Ecuadorian Constitution, public companies.

FORO

INTRODUCCIÓN

La categorización constitucional del sistema económico ecuatoriano como “popular y solidario” (art. 283) tiene profundas implicaciones,¹ entre ellas, la revitalización del papel del Estado en la gestión de recursos naturales –particularmente los no renovables– y el resguardo de la participación estatal en las ganancias generadas por tales recursos. Los incisos primero y segundo del art. 408 de la Constitución vigente son relevantes en esta materia:

Art. 408. Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado *los recursos naturales no renovables* y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; *así como* la biodiversidad y su patrimonio genético y *el espectro radioeléctrico*.² Estos bienes solo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

-
1. Entre las características más importantes del sistema económico “social y solidario” destacamos las siguientes: el fortalecimiento del “tercer sector”, es decir, de las formas empresariales asociativas y cooperativas; la redefinición de desarrollo, distanciando esta noción del mero crecimiento económico, e incorporando una dimensión ética y ecológica, lo que, para muchos, está sintetizado en la noción de *sumak kawsay*; el diseño de un modelo de desarrollo endógeno; y el acento en el aspecto redistributivo, entre las más importantes. Sobre la caracterización del sistema económico ecuatoriano ver, por ejemplo: Alberto Acosta y Fander Falconí, “Otra política económica deseable y posible”, en *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, disponible en [www.flacso.org.ec], acceso 15.8.2011, pp. 1-22. Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, en Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
 2. De un análisis de las actas de discusión de la Asamblea Constituyente de 2008, se concluye que la expresión “espectro radioléctrico” no estuvo presente en los textos que fueron materia de debate, para la redacción del actual art. 408 de la Constitución, lo que impide un análisis de la voluntad del constituyente con relación al problema materia de interpretación.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de *estos recursos*, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

...

(las cursivas pertenecen a la Corte Constitucional)

La redacción deficiente de esta norma planteó una duda sobre la participación que el Estado debía tener en los beneficios obtenidos en actividades que, de alguna manera, requieren del uso del espectro radioléctrico, y que subsumen en el género “telecomunicaciones”, tales como telefonía celular, emisión radial y televisiva. Tal duda, de evidente trascendencia económica, fue sometida por el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión –CONARTEL–³ a consideración de la Corte Constitucional en los siguientes términos: *¿Se debe o no considerar al espectro radioeléctrico como recurso natural no renovable del Estado, lo que conllevaría la aplicación del inciso segundo del artículo en cuestión?*

A continuación, analizamos la Sentencia Interpretativa No. 0006-09-SIC-CC, Caso No. 0012-08-IC, R.O. 43-S, 8-X-2009, mediante la cual la Corte Constitucional ecuatoriana en período de transición, dio respuesta a la cuestión planteada.

UNA VISIÓN PANORÁMICA DE CONCEPTOS RELATIVOS A INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL QUE SON ÚTILES PARA ESTE CASO

A continuación, nos referimos a algunos conceptos teóricos relevantes para el caso de estudio.

LAS CLASES DE INTERPRETACIÓN

En los términos de Riccardo Guastini, el caso que se va a analizar es un ejemplo de interpretación “in abstracto”,⁴ es decir, uno que consiste en identificar el

3. Mediante D.E. 8 (R.O. 10, 24-VIII-2009), el CONATEL se fusionó con el CONARTEL, y asumió las competencias y atribuciones del último; mientras que los derechos y obligaciones del CONARTEL fueron asumidos por la SENATEL.

4. Opuesta a la “interpretación in concreto”, que, según Riccardo Guastini, “*consiste en subsumir un caso en particular en el campo de aplicación de una norma previamente identificada ‘in abstracto’*”. Riccardo Guastini, “La interpretación de la Constitución”, en Ricardo Guastini, Paolo Comanducci *et al.*, *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. I, Lima, ARA, 2010, 1a. ed., p. 22.

sentido del art. 408 de la Constitución ecuatoriana, sin referencia a ningún caso en particular.

LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS FÁCILES Y DIFÍCILES

La Corte se plantea cuál es el método de interpretación que debe aplicar en este caso. Al respecto concluye que, al no existir vaguedad semántica en el Artículo 408, cabe aplicar para el ejercicio hermenéutico la primera parte del art. 427 de la Constitución, disposición que consagra una mixtificación del método exegético y sistemático para *casos que no presentan duda*.⁵ En otras palabras, apelando a la distinción entre casos fáciles y difíciles, común en los escritos de Hart y Dworkin, la Corte consideró al presente como un “caso fácil”, es decir, como uno en el que cabe solo una solución.⁶ Cuestionamos que esta haya sido la aproximación hermenéutica más conveniente, pues este caso está muy vinculado con el problema de la textura abierta del lenguaje, presente en los “casos difíciles”,⁷ ya que el artículo sometido a interpretación contiene expresiones lingüísticas vagas (como “aprovechamiento de recursos naturales”), que son claves para desentrañar el problema sometido a un pronunciamiento de la Corte.

Aunque para un sector importante de la doctrina esta distinción resulta “artificiosa”, la misma es útil para analizar la actuación de la Corte en el caso que es materia de análisis, pues nos permite entender cómo en el caso que se estudia fue insuficiente la aplicación de un silogismo.⁸ La aproximación de la Corte a la realidad económi-

5. “Art. 427, 1er. Inc. “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

6. César Rodríguez, “Teoría del Derecho y Decisión Judicial. En torno al debate de H.L.A. Hart y R. Dworkin” estudio preliminar en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997, p. 68: “En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución.”...y luego, en la p. 70: “En los casos fáciles, la descripción formalista es la más acertada: basta un silogismo para conectar la norma con la solución, de suerte que el poder del juez está estrictamente limitado”.

7. *Ibid.*

8. Sobre este punto, cuando Guastini plantea las diversas posiciones en cuanto al estatus lógico de la interpretación, identifica con la corriente de “neo-cognitvismo contemporáneo” la distinción entre casos y difíciles a la que hemos hecho referencia. Este autor sostiene que la principal consecuencia que se desprende de esta diferenciación es la posibilidad de que el juez aplique su poder discrecional a los segundos y atañe únicamente a los casos “concretos”, sin que el neocognitvismo contemporáneo diga estrictamente nada sobre la interpretación “in abstracto”, con la que identificamos el caso materia de análisis. Sin embargo, conforme adelantamos, la distinción enunciada entre casos fáciles y difíciles no deja de ser útil en el caso motivo de análisis, de interpretación abstracta, pues sirve para resaltar los desafíos planteados por la textura abierta del lenguaje normativo, y los límites que para la resolución de este caso tuvo el pretender reducir el ejercicio interpretativo a la exégesis.

ca que es objeto de regulación y la consecuente dotación de contenido a los términos que trata de distinguir, son las falencias más importantes en la sentencia analizada.

SOBRE LA TÉCNICA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CASO CONCRETO

La sentencia en estudio genera una reflexión sobre el significado que, desde la perspectiva de la interpretación sistemática —expresamente invocada por la Corte en este caso—, se puede conferir a la noción de “explotación del espectro radioeléctrico” *en diferentes contextos constitucionales*.

Como veremos, la argumentación de la Corte nos conduce a pensar que en el art. 408 no se considera que quienes realizan actividades en el área de telecomunicaciones “explotan” este recurso. Si lo hicieren, deberían compartir sus beneficios con el Estado, lo cual es negado por la Corte. ¿Es aplicable esta interpretación sobre “explotación de recursos naturales” para todas las normas constitucionales? El art. 113, numeral 1 de la Constitución, determina que no pueden ser candidatos en elecciones populares quienes tengan celebrados contratos con el Estado para la “explotación de recursos naturales”. Si se admitiere para esta norma la misma interpretación dada por la Corte para el caso materia de análisis, la conclusión sería que los concesionarios de frecuencias de radio o televisión, por ejemplo, sí pueden ser candidatos, pues no estarían “explotando” el espectro radioeléctrico, sino apenas “usándolo”. Sin embargo, la tendencia interpretativa de esta última norma ha sido contraria en el ámbito de la justicia electoral.⁹

Sobre el asunto planteado, Guastini explica cómo la interpretación sistemática opera de muchas maneras, entre ellas, dotándole a un cierto término empleado en el texto constitucional siempre con el mismo sentido, o a la inversa, cuando un mismo término adquiere un significado diferente dependiendo del contexto específico.¹⁰ Consecuentemente, desde el punto de vista de la teoría de interpretación, podría entenderse que el mismo término “explotación de recursos naturales”, con relación al espectro radioeléctrico, tiene un significado diferente en el contexto del art. 408 y en el contexto del art. 113, numeral 1 de la Constitución. Sin embargo, para que así

9. Ver por ejemplo Causas 020-2009 y 022-2009 del Tribunal Contencioso Electoral. En estas sentencias se considera que quienes son concesionarios de frecuencias radioléticas, están *explotando un recurso natural*, y en aplicación del art. 113, numeral 1 de la Constitución, se confirma la negativa de inscripción de candidatura para concesionarios de frecuencias del espectro radioeléctrico.

10. Riccardo Guastini, “La interpretación de la Constitución”, p. 50.

se entienda, es necesario que en cada caso se explique con claridad por qué cabe interpretar la expresión en un sentido o en otro, lo que no sucede en el presente caso.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO

A continuación, analizamos la línea argumentativa de la Corte Constitucional para resolver la interrogante planteada.

EL CARÁCTER DE RECURSO NATURAL RENOVABLE O NO RENOVABLE DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

La primera pregunta que la Corte se plantea para dar respuesta a la consulta del CONARTEL es: ¿qué tipo de recurso natural es el espectro radioeléctrico y cuál es la naturaleza que le han atribuido los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador?

Para responder a esta pregunta, la Corte busca primero dilucidar si el espectro radioeléctrico es o no un recurso natural no renovable. Para el efecto:

- a) Realiza un análisis literal y sostiene que, al haberse separado mediante un punto y coma (;) en el inciso primero del art. 408 la frase “**así como** la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico...” de la primera parte de este inciso (referida a recursos naturales no renovables), “*evidencia un tratamiento diferencial de los recursos naturales no renovables y del espectro radioeléctrico*”.
- b) Invoca el art. 12 de La Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones¹¹ y el art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones¹² y el art. 47 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones,¹³ para concluir que el espectro radioléctrico es un **recurso natural limitado**.

-
11. Art. 12 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. “Funciones y estructura. 1. El sector de Radiocomunicaciones tendrá como función el logro de los objetivos de la Unión en materia de Radiocomunicaciones enunciados en el artículo 1 de la presente Constitución, garantizando la utilización *racional, equitativa, eficaz y económica del espectro de frecuencias radioeléctricas*” (el subrayado es de la Corte Constitucional).
 12. Art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones: “El espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable, imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado”.
 13. Art. 47 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones. “El espectro radioeléctrico es un recurso natural *limitado* perteneciente al dominio público del Estado; en consecuencia es inalienable e imprescriptible”. (la cursiva me pertenece)

Evidentemente, la Corte no podía afirmar que el espectro radioeléctrico es un recurso no renovable, pues es obvio que el mismo no se agota con su uso. Lo que sí puede suceder, conforme lo indica la Corte, es que “su uso indiscriminado... puede generar congestiones o interferencias en los canales radioeléctricos, aspecto que torna necesaria la presencia de un órgano encargado de regular y controlar el aprovechamiento del recurso y el uso del sector estratégico de las telecomunicaciones”. Hacemos notar que en esta primera reflexión la Corte realiza ya la distinción medular que sostiene a lo largo de la sentencia, entre “aprovechamiento” del recurso” y “uso” del mismo por parte de la actividad telecommunicacional, distinción sobre la que volvemos posteriormente.

- c) Sostiene que la distinción entre renovable y no renovable no es trascendente en este caso (lo que debió haber sido el punto de inicio del razonamiento), en los siguientes términos: *“es evidente que el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución de la República se aplica a todos los recursos naturales previstos en el inciso primero de la misma disposición constitucional”*.

De lo dicho, queda claro que **el agotamiento del recurso no es el criterio para que el Estado pueda acceder al menos al 50% de las ganancias**. La Corte debía precisar cuál es tal criterio, pero no lo hace.

EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO COMO RECURSO NATURAL Y SECTOR ESTRATÉGICO

Del análisis de los arts. 408 –ya transcrito en su parte relevante–, 313 inc. tercero,¹⁴ y 261, num. 10¹⁵ de la Constitución, la Corte llega a la conclusión de que “...tanto el recurso natural que persiste sin la necesidad de la intervención humana, el espectro radioeléctrico, como el uso del mismo, las telecomunicaciones, forman parte del sector estratégico estatal, y como consecuencia de ello, forman parte de las competencias exclusivas del Estado central”, y, en concordancia, sostiene que “el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones resulta ser el medio a partir del cual se utiliza el recurso natural espectro radioeléctrico”, conclusión con la que concordamos.

14. Art. 313, inc. 3ero de la Constitución: “Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, *las telecomunicaciones*, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley” (la cursiva me pertenece).

15. Art. 261, num. 10 de la Constitución: “El Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: ...”. 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”.

LA DISTINCIÓN ENTRE EL APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y EL USO Y CONCESIÓN DEL SECTOR ESTRATÉGICO TELECOMUNICACIONES

- a) La Corte plantea la relación entre el primer y segundo inciso del Art. 408, en el sentido de que mientras el primero establece la inalienabilidad de los recursos naturales no renovables, el segundo se refiere a la posibilidad de que el Estado participe al menos en un 50% en el beneficio de quienes explotan los recursos. La Corte concilia estas dos ideas, aparentemente contradictorias, a través de los arts. 315 y 316 de la *Constitución*, los cuales, respectivamente, establecen la conformación de empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos y el aprovechamiento de recursos naturales no renovables; y, la posibilidad de delegar, excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de actividades que comporten la prestación de un servicio público reservado al Estado, en los casos que establezca la ley.

De esta distinción, la Corte extrae la conclusión más clara a lo largo de toda la sentencia:

Por consiguiente, es claro que la prestación de los sectores estratégicos y el aprovechamiento del “recurso y sector estratégico” espectro radioeléctrico, según norma constitucional expresa, únicamente pueden ser efectuados por parte de Empresas Públicas, que de conformidad con el inciso segundo del art. 315 de la Constitución estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley. Aquello lógicamente, trae como primera consecuencia que dicha empresa pública podrá *aprovechar y explotar* el recurso espectro radioeléctrico; segundo, a partir de tal atribución, podrán delegar a la iniciativa privada, *la utilización* del mismo a través de la *participación* en el servicio público de telecomunicaciones. Con tal fin, podrá establecer los valores a pagar por concepto de dicha utilización.

Es así que el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución de la República no resulta aplicable al espectro radioeléctrico, ya que la *explotación y aprovechamiento del recurso espectro lo hace el propio Estado* a través de empresas públicas constituidas para tales fines; por su parte, *la utilización del recurso y la participación en el sector y servicio telecomunicaciones es excepcionalmente delegable a la iniciativa privada* en los términos previstos en el artículo 316 de la Constitución de la República. (el subrayado es nuestro)

En síntesis, la Corte distingue entre:

- “aprovechamiento y explotación”, como categorías inherentes al recurso espectro radioeléctrico; y
- “uso y concesión”, como categoría inherente a las telecomunicaciones.

Siendo esta la parte medular de la argumentación, la Corte estaba en la obligación de establecer concretamente en qué consistía la distinción entre estas dos categorías, y, sin embargo, no lo hizo, lo que genera una confusión en la parte resolutive.

UNA TESIS PERSONAL DE CÓMO LA CORTE CONSTITUCIONAL PUDO HABER SOSTENIDO TAL DISTINCIÓN

Desde nuestro punto de vista, una lectura coherente del articulado constitucional y de la distinción que hace la Corte desembocaría en la conclusión de que lo que es relevante para que el Estado acceda al menos al 50% de los beneficios, es una entidad distinta al Estado esté “explotando y aprovechando” un recurso, en los términos de la Corte. Si la entidad distinta al Estado está simplemente “usando” tal recurso, no cabe el cobro antes señalado, como concluye la Corte, aunque con una argumentación confusa y poco desarrollada.

Consideramos que el elemento central para diferenciar “aprovechamiento y explotación” de “utilización” es la capacidad de *disposición o administración* del recurso, que es apenas una de las atribuciones que confiere el derecho de propiedad, que, en el caso del recurso natural espectro radioeléctrico, corresponde al Estado. En este sentido, la Corte podía haber desarrollado la tesis de que la explotación o aprovechamiento guarda relación con la atribución de *disposición o administración* de la propiedad estatal (que para el caso de estudio corresponde a la facultad de otorgar o no concesiones y autorizaciones); mientras que “el uso”, guarda relación con las otras atribuciones del derecho de propiedad, sintetizadas en el *disfrute* (como ocurre con el caso de emisoras radiales o televisivas, o de operadoras de telefonía celular). Esta es apenas una hipótesis sobre la explicación que la Corte pudo haber hecho.

Si bien no existen pronunciamientos previos de justicia constitucional sobre la materia, sí es posible ubicar un antecedente relevante de la justicia ordinaria, que hace la misma distinción de la Corte, pero contiene más elementos explicativos. En efecto, la Resolución No. 34-07, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la hoy Corte Nacional de Justicia, publicada en el R.O. 345-S, 26-V-2008, dentro de un caso planteado por ETAPA (Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA) para impugnar sin éxito una Resolución del Intendente Regional Sur de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el considerando quinto explica:

Los artículos 2, 3, 4 y 13 de la Ley Especial de Telecomunicaciones establecen que el espectro radioeléctrico es “un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible”, cuyo *uso* exige la obtención de una concesión (cuando se trata de servicios de radiodifusión y televisión) o una autorización (si se trata de cualquier otro uso)... se concluye: que

es el Estado el que ejerce todas las competencias referidas al espectro radioeléctrico; que el uso del recurso exige la intervención administrativa de los órganos competentes del Estado; y, que, aunque vinculado con los servicios de telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico está sujeto a un régimen distinto al de la prestación de servicios de telecomunicaciones (lo que claramente se encuentra diferenciado, principalmente, en los artículos 4 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones); y, que es el Estado quien ejerce la gestión, administración y control del recurso (la cursiva me pertenece).

LA CONFUSA DECISIÓN DE LA CORTE

Después de un razonamiento acertado en hacer una distinción entre “explotación” y “uso”, pero insuficiente al explicar en qué consiste tal distinción, la Corte sostiene lo siguiente en la parte resolutive:

2. El espectro radioeléctrico, considerado como recurso y sector estratégico, no puede ser *utilizado y aprovechado* por empresas ajenas al sector público, razón por la cual, la regla prevista en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución no se aplica respecto al espectro frecuencial radioeléctrico. Bajo esas circunstancias, la empresa pública, constituida por el Estado, podrá delegar excepcionalmente la *participación* en el sector estratégico y servicio público telecomunicaciones a la iniciativa privada. (la cursiva me pertenece)

Es evidente que, en su resolución, la Corte distorsiona su razonamiento precedente, que, aunque con limitaciones, estaba de alguna manera aclarando la oscuridad del texto del art. 408 de la Constitución ecuatoriana.

CONCLUSIONES

Cuando la Corte sostiene en su parte resolutive que ningún recurso y sector estratégico podría ser “utilizado y aprovechado” por empresas ajenas al sector público, le resta sentido al segundo inciso del art. 408 de la Constitución, que justamente fue incluido para el caso de aprovechamiento de recursos naturales por entidades distintas al Estado. La oscuridad de la parte resolutive de la Corte genera más dudas que certezas. La conclusión se divorcia de la línea argumental que incipientemente fue defendida en el texto de la sentencia. Desde nuestra perspectiva, la confusión que se produce al final surge justamente por la falta de desarrollo en aspectos clave (distinción entre “aprovechamiento o explotación” de “uso o utilización”), y está vinculada con una simplificación excesiva del caso por parte de la Corte, la que pretendió encontrar una respuesta obviando la realidad económica subyacente, y acudiendo exclusivamente a una interrelación –incompleta– de las normas constitucionales, privilegiando la literalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto, y Fander Falconí, “Otra política económica deseable y posible”, en Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, disponible en: [<http://www.flacso.org.ec>], acceso: 15-08-11.
- Carrio, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, 2a. ed.
- Betancur, Luis Ignacio, “Vladimiro Naranjo: sus aportes a la jurisprudencia sobre Estado y Economía”, en *Teoría Constitución. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, 1a. ed.
- Ducci Claro, Carlos, *Interpretación jurídica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995.
- Guastini, Ricardo, “La interpretación de la Constitución”, en Ricardo Guastini, Paolo Comanducci *et al.*, *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Perú, ARA Editores, 2010, 1a. ed.
- Rodríguez, César, “Teoría del Derecho y Decisión Judicial en torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin”, estudio preliminar en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 1997.
- Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica. En general y en la dogmática chilena*, Colección Manuales Jurídicos, No. 99, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995.
- Trujillo, Julio César, y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, artículo publicado en la revista *La Tendencia*, 2010, disponible en: [<http://www.fes-ecuador.org/pages/lineas-de-trabajo/renovacion-partidaria/revista-tendencia.php>], acceso: 15-08-11.
- Uprimny, Rodrigo, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Dunia Martínez, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional Ecuatoriana para el período de transición y Centro de Estudios de Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2011

Fecha de aprobación: 9 de enero de 2012

Colaboradores

Pablo Alarcón Peña: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; diploma superior y magíster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Actualmente cursa el Programa de Doctorado en Derecho, UASB-E. Secretario Técnico Jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Docente del Área de Derecho, UASB-E. *palarconpe@gmail.com*

Pablo Bonilla: ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; candidato a magíster en Derecho, UASB-E; doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho, mención Constitucional. Actualmente trabaja en el libre ejercicio profesional. *pbmilenio@hotmail.com*

Andrea Karolina Cajas Córdova: ecuatoriana, abogada, Universidad Técnica Particular de Loja, candidata a magíster en Derecho Constitucional, UASB-E. *sidra16@hotmail.com*

Richard González Dávila: ecuatoriano, abogado, Universidad Nacional de Loja; magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, UASB-E. Docente en modalidad virtual del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Actualmente cursa el Programa de Doctorado en Derecho, UASB-E. *ricardo3_ec@yahoo.com*

María Elena Jara Vásquez: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); especialista superior en Tributación y magíster en Derecho, concentración en Derecho Económico, por la UASB-SE; L.L.M in Dispute Resolution por la University of Missouri-Columbia; actualmente cursa el Doctorado de la UASB-E. Docente del Área de Derecho, UASB-E, en materias vinculadas con orden público económico, Derecho comercial y arbitraje. *mejara@uasb.edu.ec*

Gustavo Medinaceli Rojas: boliviano, licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, La Paz, Bolivia; magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, UASB-E. Actualmente cursa el Programa de Doctorado en Derecho, UASB-E. *medinaceligustavo@gmail.com*

Judith Salgado Álvarez: ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, PUCE; diplomada superior en Ciencias Sociales, mención en Derechos Humanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E); magíster en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos, UASB-E. Docente de la UASB-E. *salgadojudi@hotmail.com*

Diego Zambrano Álvarez: ecuatoriano, abogado, PUCE. Diploma superior en Derecho, mención Constitucional, UASB-E; maestrante en Ciencias Políticas en el Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile y becario de la Agencia de Cooperación Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de la República de Chile. Exdirector del Departamento de Investigación y Técnica Jurídica de Ediciones Legales. Exfuncionario de la Dirección de Asesoría e Investigación del Tribunal Contencioso Electoral. *diegozambrano03@gmail.com*



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

ESTUDIOS JURÍDICOS

1. José Vicente Troya, ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO
2. Aníbal Guzmán Lara, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, I
3. Aníbal Guzmán Lara, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, II
4. José Vicente Troya, DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO
5. Orlando Amores Terán, DERECHO ECOLÓGICO ECUATORIANO
6. Alberto Wray, Elizabeth García, René Larenas, edits., EL MENOR ANTE LA LEY
7. Ernesto Albán Gómez, y otros, LA CASACIÓN: estudios sobre la Ley No. 27
8. Julio César Trujillo, TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR: estudio de Derecho Constitucional
9. Alberto Wray, y otros, MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LEGALES
10. Edmundo S. Hendler, LAS RAÍCES ARCAICAS DEL DERECHO PENAL: aportes de la antropología social al derecho penal
11. Marco Antonio Guzmán, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, I
12. Marco Antonio Guzmán, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, II
13. José Vicente Troya J., edit., ESTUDIOS DE DERECHO ECONÓMICO
14. Genaro Eguiguren, edit., CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
15. Genaro Eguiguren, edit., REAJUSTES Y CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
16. Genaro Eguiguren, edit., NUEVAS INSTITUCIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
17. Pablo Estrella Vintimilla, edit., LA EDUCACIÓN LEGAL EN EL ECUADOR
18. Juan Isaac Lovato, PROGRAMA ANALÍTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
19. Berenice Pólit Montes de Oca, EL AMPARO CONSTITUCIONAL: aplicación y límites
20. César Montaña Galarza, edit., TEMAS ESPECIALES DE DERECHO ECONÓMICO
21. Luis Moreno Guerra, DERECHO TERRITORIAL
22. Andrés Páez, comp., JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Primera parte: resoluciones del Tribunal Constitucional
23. Andrés Páez, comp., JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Segunda parte: dictámenes de la Procuraduría General del Estado y fallos de la Corte Suprema de Justicia
24. Santiago Andrade, Julio César Trujillo, Roberto Viciano, edits., LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO
25. César Montaña G., MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL
26. Dunia Martínez M., edit., DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL
27. Luis Toscano Soria, edit., NUEVOS ESTUDIOS SOBRE DERECHO TRIBUTARIO
28. Gina Chávez, Xavier Gómez y Agustín Grijalva, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Introducción a la propiedad intelectual • Internet y derechos de autor • Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas • Las patentes de segundo uso
29. Genaro Eguiguren, DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ECUADOR
30. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR: Estado, derechos e instituciones

Revista de
Derecho

FORO

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional

Derecho tributario

La base imponible del impuesto a la renta de las empresas
en el derecho comparado iberoamericano
Sergio Endress G.

Las sanciones en materia tributaria en el Ecuador
Juan Carlos Mogrovejo

El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de
reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008
César Montaña Galarza

El régimen de impuesto a la renta y la devolución del IVA a
las empresas públicas bajo la perspectiva de la Ley Orgáni-
ca de Empresas Públicas
Rosana Morales Ordóñez

Incentivo a las exportaciones en el Ecuador: restitución del
impuesto al valor agregado (IVA), y su relación con los
principios de neutralidad impositiva y cláusula de no discrimi-
nación
Fabiola Valenzuela

15

I semestre 2011

Recensiones • Jurisprudencia

Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593 2) 322 8426

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: mjibarra@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:
Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

20 años

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <alban@corpmyl.com>, <mjibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 35,84

América: US \$ 78,40

Europa: US \$ 89,60

Resto del mundo: US \$ 108,64

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 10,08

* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

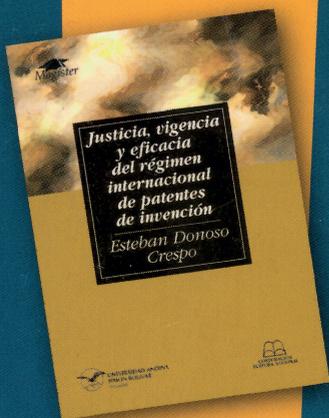
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Esteban Donoso Crespo, *Justicia, vigencia y eficacia del régimen internacional de patentes de invención*, Serie Magíster, vol. 98, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2011.

El autor explica cómo la normativa relativa a las patentes de invención ha rebasado las fronteras de los estados nacionales en virtud de la aprobación del Acuerdo ADPIC (acrónimo del acuerdo que rige la materia), y cómo este convenio internacional, en su segunda década de vigencia, ha conseguido efectivamente homologar las más dispares legislaciones a nivel mundial y dar pie al actual régimen global, que el autor critica.



Claudia Salgado, *La materia tributaria en los tratados internacionales de inversiones*, Serie Magíster, vol. 101, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2011.

Decenas de tratados internacionales en materia de inversiones son suscritos y renegociados anualmente por los estados, existiendo en la actualidad más de tres mil tratados vigentes entre ciento setenta y seis países. Mediante la adopción de estos instrumentos, los estados suscriptores toman la decisión de limitar ciertos aspectos de su política interna y de adquirir obligaciones internacionales en favor de los inversionistas extranjeros, y otorgan su consentimiento para someter futuras controversias en materia de inversiones al arbitraje internacional.

Este trabajo procura exponer y analizar cuestiones en torno a la importancia y la necesidad de regular e incluso de excluir la materia fiscal del ámbito de aplicación de los tratados internacionales de inversiones.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *20 años*



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

