



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSGRADO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

“LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. ESTUDIO DE CASOS DE DERECHO DE LA NATURALEZA”

**TRABAJO DE GRADO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR: FERNANDO ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO

DIRECTOR: DR. REMIGIO AUQUILLA LUCERO, MST.

CUENCA, ECUADOR

2012

Dedicatoria:

A mi esposa Paula por su amor y apoyo siempre.

Agradecimiento:

Para el correcto desarrollo de la presente investigación ha sido fundamental la guía y acompañamiento que en todo momento ha tenido mi director, Dr. Remigio Auquilla Lucero Mst, quien a través de su disponibilidad y apertura permitió que los objetivos planeados puedan hacerse una realidad.

Así también a todos los docentes de la Especialización en Derecho Constitucional, en especial al Dr. Sebastián López Hidalgo Mst, y Dr. Tarquino Orellana Serrano Mst, quienes a través de sus clases magistrales y en la elaboración de trabajos de fin de módulo me guiaron sobre el tema que ahora presento como trabajo de grado.

Un agradecimiento especial al PHD, Bjorn Arp, profesor doctor de la Universidad de Alcalá e investigador visitante de Washington University College of Law, quien formó parte de la planta docente del posgrado, gracias a su experticia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sirvió de guía en este y en otras investigaciones similares, de las cuales se nutren el presente trabajo de grado y que reflejan un compromiso irrestricto por la vigencia y defensa de los Derechos Humanos.

RESUMEN:

La presente investigación intenta realizar una aproximación al estudio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular los de la Naturaleza en un Estado Constitucional de Derecho y Justicia como el ecuatoriano. Para ello se realiza un análisis que inicia desde la evolución del Derecho Constitucional en Europa y su influencia en el Neoconstitucionalismo Latinoamericano tomando como casos de estudio la repercusión de esta corriente en México, Colombia y Argentina. Para luego revisar la estructura constitucional ecuatoriana y mirar el referente que significa dotarle de derechos a la Naturaleza, para lo cual se analizará un caso de jurisprudencia emblemático sobre la protección de los derechos del río Vilcambama en la provincia de Loja.

ABSTRACT:

This research attempts to approach the study of Economic, Social and Cultural Rights, in particular those of Nature, within the Rule of Law and justice in the Ecuadorian Constitution. The analysis starts from the evolution of European Constitutional Law and its impact on the Latin American "neoconstitutionalism", where the repercussion of such trend in Mexico, Colombia and Argentina, is used as a case study. Next, the Ecuadorian constitutional structure is examined, taking into account that the recognition of the rights of Nature is itself a new legal model. In order to do so, a judicial case on the protection of the Vilcabamba River in Loja, will be analyzed

INDICE DE CONTENIDOS

Páginas preliminares

Portada.....	I
Dedicatoria	II
Agradecimientos	III
Resumen	IV
<i>Abstract</i>.....	IV
Tabla de contenidos.....	V
Introducción.....	VIII

Capítulo I

El Neoconstitucionalismo en el siglo XXI y su repercusión en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.....1

1. El papel de la Constitución en los Estados de Derecho.....	2
1.1.Un derecho dúctil en el <i>common law</i>.....	5
1.2.El catálogo de derechos de la Constitución.....	7
2. Los tratados de derechos humanos en la práctica constitucional.	11
3. Los Derechos Humanos en el neoconstitucionalismo latinoamericano....	14
3.1.El constitucionalismo en América Latina de posguerra frente a la posición europea.....	14
3.2.Neoconstitucionalismo europeo.....	16
3.3.Neoconstitucionalismo latinoamericano.....	17
4. Análisis comparativo de la legislación sobre neoconstitucionalismo.....	20
4.1. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso México.....	20
4.2. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso	

Colombia.....	22
4.3. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso Argentina.....	25

Capítulo II

Derechos Humanos y Neoconstitucionalismo en Ecuador.....	28
1. Evolución de los Derechos Humanos.....	29
1.1. La Constitución Americana y su modelo	29
1.2. La Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano – 1789...31	
1.3. Derechos Humanos.....	32
2. Derechos Económicos Sociales y Culturales.....	34
2.1. Derechos Económicos Sociales y Culturales, ¿manipulados?.....	35
2.2. Ecuador y los Derechos Humanos en el siglo XXI.....	37
3. Elementos del neoconstitucionalismo ecuatoriano.....	40
3.1. El bloque de constitucionalidad y su importancia para los Derechos Humanos.....	40
3.2. Análisis doctrinario e histórico.....	40
3.3. Su repercusión en el neoconstitucionalismo latinoamericano.....	41
4. Los Derechos de la Naturaleza	43
4.1. Debate doctrinal.....	45
4.2. Alcance y repercusión en un nuevo paradigma constitucional.....	48

Capítulo III

Análisis jurisprudencial: Derecho de la Naturaleza.....	51
1. Jurisprudencia sobre derechos de la Naturaleza.....	52

1.1.Introducción.....	52
1.2. Descripción de los hechos.....	52
1.3.Planteamiento del problema jurídico.....	55
1.4.Discusión sobre la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el Neoconstitucionalismo Ecuatoriano y Reparación.....	58
1.5.Crítica a la sentencia.	60
Conclusiones.....	62
Bibliografía.....	64

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado se enmarca en el requisito complementario a la formación académica de la II versión de la Especialización en Derecho Constitucional, por lo que se intenta realizar una investigación sobre un tema concreto relacionado con los módulos de enseñanza. Así también en las siguientes páginas el lector podrá encontrar a través del análisis doctrinario y práctica forense cómo los conocimientos impartidos en los diferentes módulos han contribuido para la formación dentro de esta área del conocimiento.

En las diferentes clases seguidas a lo largo de este año, una de las inquietudes que más ha llamado la atención es qué tratamiento ofrece la Constitución Ecuatoriana a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, es por ello que el tema escogido es: “La aplicación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales a través del Neoconstitucionalismo en la Nueva Constitución del Ecuador. Estudio de caso de derecho de la Naturaleza”.

Pues se hace necesario establecer los límites doctrinarios para la correcta aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en Latinoamérica, en especial de los DESC, así como verificar la eficacia del Derecho a través de la aplicación de éste en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Latinoamericanos, con el correspondiente análisis de jurisprudencia relevante. Y por último estudiar el nuevo paradigma que presenta la Constitución del Ecuador respecto a la progresividad en la aplicación y protección de derechos denominados “del Buen Vivir”, en especial los Derechos de la Naturaleza.

Para ello el objetivo planteado es comprobar la eficacia que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través del análisis de jurisprudencia de tribunales nacionales que permitan evidenciar como el nuevo paradigma constitucional latinoamericano ha permitido la implementación de instrumentos internacionales en el respeto y garantía de los Derechos Humanos especialmente en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Dentro de la propuesta de investigación se plantean tres apartados, en los cuales se tratarán los siguientes aspectos:

En el primer capítulo se realizará una aproximación al papel que juega la Constitución dentro de los Estados de Derecho, para adentrarnos en la realidad latinoamericana versus el antecedente europeo del constitucionalismo clásico. Para luego pasar al ámbito internacional en particular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y encontrar aquellos elementos que en la práctica constitucional han sido tomados en cuenta desde la época de posguerra, para que en base a este antecedente poder pronunciarnos sobre la existencia o no de un denominado neoconstitucionalismo latinoamericano, para lo cual se utilizará el análisis de otros ordenamientos jurídicos, en particular dada su importancia los modelos de México, Colombia y Argentina. Cabe anotar desde el inicio de este trabajo que más allá de las “etiquetas” o neologismos que se puedan utilizar, lo que se busca en esta investigación es si verdaderamente estos ordenamientos jurídicos tienen elementos innovadores.

Mientras que en el segundo capítulo se abordan dos elementos necesarios para el correcto desarrollo de esta investigación y son: la importancia de los Derechos Humanos y el modelo neoconstitucionalista planteado por el Ecuador.

Para ello se realiza un recorrido por la evolución de los Derechos Humanos, y se narran sistemas que han sido tomados como referentes por muchos doctrinarios como el estadounidense y el francés post Revolución Francesa. Se hará una reflexión particular sobre los DESC desde su concepto y fundamento, hasta llegar a un debate de posible manipulación en el siglo XXI.

Posterior a ello se analizarán los elementos del neoconstitucionalismo ecuatoriano, destacando el bloque de constitucionalidad para la plena vigencia de los Derechos Humanos, y se concluirá con un abordaje especial a los Derechos de la Naturaleza planteados en la Constitución de 2008 como sujeto de derechos, para lo cual se reproducirá el debate doctrinal y tensiones existentes.

En el último capítulo se estudiará un caso de jurisprudencia ecuatoriano, el cual fue escogido al tratarse del primer referente en el cual la administración de justicia del país trataba un caso sobre Derecho de la Naturaleza sobre el río Vilcabamba en la provincia de Loja, sur del Ecuador. Para la correcta valoración y posteriores conclusiones se plantea en ese apartado una descripción de los hechos, el planteamiento del problema jurídico, la solución a la que se llegó, así como la aplicación efectiva o no de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para los efectos de reparación. Sin olvidar el aporte crítico a la sentencia.

Desde el inicio de la Especialización en Derecho Constitucional en su II versión, en octubre de 2011, su director tuvo el acierto de indicarnos que era necesario encaminar los trabajos de fin de módulo de cada una de las materias dentro de una misma línea de investigación, situación que fue tomada en cuenta por lo que la base del presente trabajo de grado ha tomado dichos documentos así como otros trabajos que el autor ha desarrollado dentro de su labor docente y de investigación en la Universidad del Azuay, ampliándolos y deteniéndose en su análisis gracias a la información obtenida en bibliotecas y repositorios nacionales e internacionales.

Capítulo I

El Neoconstitucionalismo en el siglo XXI y su repercusión en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

1. El papel de la Constitución en los Estados de Derecho.

Se dice que han existido dos momentos históricos con respecto a la evolución del concepto Constitución en el mundo, pues para llegar al actual concepto normativo que lo reconocen la mayor parte de doctrinarios se tuvo que pasar por una serie de vicisitudes que dejaron atrás la tradición existente gracias al significado revolucionario que llegaría a ocupar la norma fundamental por todas aquellas situaciones que define.

Recordemos que antes de la mayor parte de revoluciones el concepto de Constitución servía para designar a una clase de leyes que no necesariamente hacía referencia al ejercicio del poder, sino simplemente aludían de manera directa a la condición de un Estado, ejemplo de la *constitution* o *verfassung*, en inglés y alemán respectivamente.

El teórico Peter Häberle considera que en el concepto antiguo se continuaba refiriendo a la condición jurídica configurada y no para designar a la norma jurídica que la creaba. Por lo que concluimos que en ese entonces el término se refería al ámbito del ser (de hecho) y no al deber ser (o construcción del modelo de Estado que buscábamos).

...la constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con pretensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo debía organizarse y ejercerse el poder estatal; de este modo, la constitución se hizo una con la ley que regulaba la organización y el ejercicio del poder del Estado¹.

De esta manera encontramos que el objetivo de la Constitución se encuentra en el hecho de regular el poder político de manera completa y unitaria, todo esto gracias a una norma que se encuentra jerárquicamente por encima del resto de leyes. Por lo que la Constitución depende de la existencia necesaria de un objeto que permita la intervención concentrada y normativa, lo cual se hacía solamente a través de un poder público que para el mismo Häberle debe ser distinto y diferenciable de la sociedad, el cual era ese tan anhelado punto de partida para regular, organizar y ver las maneras por las cuales se debía ejercer el poder a través de un concepción unitaria.

¹ P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Madrid, España, 2006, p. 49, en particular, pp. 49-50.

En la historia sabemos que será el Estado “príncipesco”, en los siglos XVI y XVII el cual gracias a las evoluciones que tenía en su concepto sería el que albergaría el concepto de Constitución Moderna.

...la limitación del Estado tuvo lugar mediante el establecimiento de barreras bajo la forma de derechos fundamentales y la mediación entre Estado y sociedad, a través del derecho organizativo bajo la forma de la división de poderes. Los derechos fundamentales limitaban el ámbito de la capacidad de regulación estatal, antiguamente concebida como plena... los derechos fundamentales señalaban la frontera entre el Estado y la sociedad.²

Para considerar a la norma fundamental como tal, ésta debe regular la organización del Estado, limitando el poder como se había señalado anteriormente, también cuando se encarga de la regulación entre los miembros de la sociedad y el Estado, así como de las pautas para el correcto ejercicio de creación normativa y la catalogación de valores y principios constitucionales los cuales se impregnarán en todo el ordenamiento jurídico de un determinado modelo de Estado gracias a las características descritas.

Se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada “Forma de Estado”; b) las que determinan la llamada “forma de Estado”, b) las que determinan la “forma de gobierno”, y c) las que regulan la producción normativa³.

Con lo cual podemos demostrar la importante evolución que se ha tenido desde el primer concepto de Estado que se hacía con su catalogación como Estado Liberal, algunos doctrinarios sostienen que dicho modelo fue predemocrático puesto que el actual Estado de Derecho ha evolucionado hacia la democracia, donde la participación del ciudadano es fundamental la cual se haya expresada en su voluntad soberana como pueblo.

La española Navas Castillo sostiene que el Estado de Derecho solo cabe dentro de una democracia, por lo que considera que toda forma que se contraponga, ya sea por la preeminencia de un principio de “ilimitación” del poder político, cae dentro de la figura

² P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, op. cit. p. 60, en particular pp. 45-60.

³ R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, México DF 2001, p. 15, en particular, pp. 15-17.

de Estado totalitario o autocrático.

... los modelos históricos denominados Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, desprendidos del elemento democrático, sólo son “de Derecho” de una manera relativa y tendencial, en cuanto son tipos de Estado constitucional que jalonan el tránsito entre el absolutismo y la democracia.⁴

Por ello, es conveniente cuestionarse – como señala la doctrina respecto a la existencia o no de un Estado Constitucional – a través del siguiente examen de cumplimiento: primero, si los derechos fundamentales se encuentran debidamente garantizados, y segundo, si realmente los poderes del Estado se hallan divididos, sin la posibilidad de injerencia en el ejercicio autónomo de sus funciones.

El profesor italiano, Luigi Ferrajoli, en su visita al Ecuador en la Universidad Espíritu Santo, sostuvo que el rol de las constituciones rígidas como la nuestra es establecer límites y vínculos al poder político, entendidas como pactos de convivencias pacífica que consisten en normas que establecen y catalogan los derechos fundamentales. Siendo los derechos civiles y políticos aquellos que son límites, sobre los cuales ninguna mayoría puede decidir; mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos que corresponden a obligaciones, sobre los cuales las mayorías deben decidir.

La reflexión a la que nos conduce Gustavo Zagrebelsky es del todo útil a la hora de pensar acerca del constitucionalismo y como éste puede contribuir a la consecución de un verdadero Estado Constitucional de Derechos, ya que esta ciencia solo otorga aquellos elementos y materiales para esta compleja construcción jurídica, y por más que se tenga la mejor Constitución, si no se realiza una correcta política constitucional a través de la cual los derechos catalogados se hagan efectivos, la tarea será infructuosa más allá del contenido político que tenga la norma fundamental⁵.

Para esto es necesario regresar en la historia y referirse al acuerdo que existe entre los doctrinarios al referirse al siglo XIX como el período en el cual el llamado Estado de

⁴ A. NAVAS CASTILLO y F. NAVAS CASTILLO, *El Estado Constitucional*, Madrid 2009, p. 109, en particular, pp. 106-109. Referencia a cita de TORRES DE MORAL.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*, Madrid 2005, p. 90, en particular pp. 90-91.

Derecho tomará fuerza como construcción jurídica en el mundo europeo. El cual para muchos representó un simple concepto, mas dentro de éste se encontraba el núcleo del desarrollo y garantía de los derechos fundamentales, a través de la eliminación paulatina de la arbitrariedad por parte de la autoridad y el sometimiento estricto a la norma.

1.1.Un derecho dúctil en el *common law*

Al referirnos al Estado de Derecho el acompañamiento ideológico que se ligará será el de las concepciones constituciones liberales. El ejemplo más claro para graficar ésta nueva dinámica la presenta Otto Mayer en su obra Derecho Administrativo Alemán de principios del siglo XX, donde realiza un interesante análisis respecto al *Rechtsstaat*⁶, en la cual expone tres planteamientos que servirán de base para entender esta nueva concepción de Estado:

1. La administración se somete a la Ley.
2. Los derechos de los ciudadanos se subordinan a la ley, dejando de lado cualquier influencia externa que trate de menoscabarlos.
3. Garantía judicial otorgada a través de jueces independientes que se encarguen de la aplicación de la ley.

Por su parte, en su obra “El derecho dúctil”, Zagrebelsky confronta ese principio de legalidad propio del Estado de Derecho liberal frente al “rule of law” propio de “commonlaw”, encontrando básicamente las siguientes diferencias:

Aquel principio de legalidad cambia la dinámica generada en el absolutismo y se cambia la figura del Rey, ahora por las Asambleas Parlamentarias. Mientras que el “rule of law” deja de ser solamente aquel gobierno de los hombres y se convierte en el gobierno de las leyes el cual representa un cambio sustancial, pues ahora ese poder absoluto radicaba en la norma; para la concepción plena de este acápite es necesario referirnos a lo que sucede respecto al derecho inglés, donde la ley es producto de la justicia que nace de la “...elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho

⁶ La traducción literal es “Estado Regulado o Normado”, o” Estado Legal”

positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones⁷.”

Llegando el “common law” por momentos a extremos de no poderse distinguir en sus orígenes la creación normativa por parte de los tribunales de justicia y por el parlamento. Posteriormente esta situación variaría sustancialmente llegando a ser un proceso inacabado y abierto siempre al cambio, debido a su ductibilidad influenciada sobre todo por su experiencia empírica y por la búsqueda de la justicia, situaciones que generan desde sus inicios ya diferencias difíciles de superar con el derecho continental, o “civil law” propio de la concepción del *Rechtsstaat*.

Claro está que durante mucho tiempo se tuvo que superar aquellos dogmas que torturaron y secuestraron al derecho a través del conocido *Despotismo ilustrado*, donde se redujo el concepto mismo del Estado de Derecho a una “...fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, por lo que no es extrañar que se dan los totalitarismos de entreguerras...⁸”, y es precisamente por ello que la reacción posterior que se presenta finalizada la II Guerra Mundial, es la consecución de textos normativos que instaurarán el Constitucionalismo en Alemania, España e Italia, con cartas fundamentales que se encargan de establecer un cambio sustancial en la transformación del derecho al criticar y afectar de manera directa la posición que venía ocupando la ley. Cuestionamiento que se fundamenta en el nuevo rol que toma la Constitución al subordinar al resto de creaciones normativas a una especie de “relación de adecuación” frente a unos principios consagrados en la norma básica.

Los derechos se constituyen, en un principio, como esferas de inmunidad de los individuos frente al Estado. Siglos más tarde el constitucionalismo sigue llamado a abandonar esa visión inaugural y a perfeccionarse a sí mismo para seguir sirviendo a la libertad⁹.

De esta manera, el derecho se ha tecnificado y mecanizado, dotando de pautas que permiten el desarrollo armónico y alineado de las normas a las políticas establecidas en la norma fundamental, dejando atrás una producción vacía y de “formatos” a la que

⁷ G. ZARAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid 1995, p. 24, en particular pp. 24-29.

⁸ G. ZARAGREBELSKY, op. cit. p. 90, en particular pp. 90-91.

⁹ M. CARBONELL, *Desafíos a la Libertad en el siglo XXI*, Quito 2011, p. 77, en particular pp. 77-80.

estuvo acostumbrada no solo el parlamento, sino además hacer que las distintas funciones que conforman el Estado se sometan a los principios y valores constitucionales superiores para generar un pacto de convivencia social y política.

1.2. El catálogo de derechos de la Constitución.

La transformación que experimenta el derecho es real y totalmente objetiva, sin embargo, pese a que han pasado décadas desde su instauración la formación de profesionales en esta importante área para la sociedad siguen con limitaciones y concepciones en las cuales se da preeminencia a la ley, dejando de lado a la Constitución como norma básica para el control del poder y la catalogación de derechos.

En el caso ecuatoriano con la expedición del texto constitucional en el año 2008, el paradigma del Estado de Derecho y aquella premisa que en derecho conocíamos como principio de legalidad, mediante la cual todo aquello que no se encuentre prohibido en la ley se entiende permitido para los actos privados cambian sustancialmente. Puesto que en un Estado constitucional como el que se plantea, dicha evolución nos conduce al sometimiento a la Constitución de todo acto público y privado, incluso la ley estará subordinada¹⁰.

A nivel del Ecuador, uno de los estudiosos del derecho que más ha defendido el contenido de la Constitución de Montecristi¹¹ es Ramiro Ávila Santamaría, quien sostiene que la calificación que se da en el primer artículo de nuestra norma fundamental sintetiza todo el contenido del texto normativo, al referirse al Estado como “constitucional de derechos y justicia”, puesto que cada una de estas palabras son los ejes transversales sobre los cuales se sostiene este proyecto.

La Constitución es además norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una

¹⁰ VV.AA., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito 2009, p. 405, en particular, pp. 405-410.

¹¹ En el presente trabajo se utilizará el nombre de “Constitución de Montecristi” para referirse al texto constitucional aprobado en el Ecuador en el 2008.

autoridad competente para sancionar su incumplimiento¹².

El constituyente al incluir la palabra “derechos” en sentido plural ha permitido que ese catálogo de derechos el cual se reitera en el título de este trabajo sea mucho más amplio pues deja para siempre nuestro sistema legal deja aquella visión reduccionista en la cual no había nada después de la ley, y donde el administrador de justicia se había convertido en un aplicador de normas y de “formatos”.

La concepción del derecho en sentido mucho más amplio nos conduce a que tanto el poder público y privado deben estar sometidos a los “derechos”, los cuales son entendidos como conquistas alcanzadas por los ciudadanos de reconocimiento de sus libertades las cuales no pueden ser vulneradas ni por las máximas autoridades y peor aún por la voluntad de las mayorías como erróneamente se podría pensar.

Sin embargo, aquella libertad pregonada ya desde Grecia y que fue definida por Benjamín Constant como la libertad de los antiguos, entendida como aquella forma colectiva netamente directa mediante la cual los aspectos referentes a soberanía eran sometidos a deliberación en la plaza pública, creando una sumisión del individuo frente a la decisión de las mayorías; es comparada con la calificada libertad de los modernos en la que cada uno tiene el derecho a:

...no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella¹³.

El jurista mexicano Miguel Carbonell se refiere a esta situación e indica que si se contraponen estos dos tipos de libertades nos encontraremos sin duda frente a una importante tensión entre constitucionalismo y democracia, ya que el primero establece el catálogo de derechos y precautela su aplicación a través de las garantías, mientras el segundo busca la imposición de las masas y en muchos casos de una mal entendida

¹² R. ÁVILA, *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Quito 2011, p. 54, en particular pp. 54-55.

¹³ B. CONSTANT, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Madrid 1989, p. 257, en particular, pp. 257-285.

soberanía radicada en el pueblo que piensa que puede irse incluso contra las libertades lo cual resulta no solo peligroso sino atentatorio contra el núcleo duro del derecho.

Frente a lo planteado el ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, Juventino Castro, habla de la necesidad de un verdadero pacto de seguridad en el cual se establezcan las medidas a través de las cuales solamente dentro de un ordenamiento jurídico se alcance un equilibrio entre ese choque que se produce entre las necesidades individuales y aquellas necesidades sociales que se encuentran en la esfera de la supervivencia y desarrollo¹⁴.

Para realizar una investigación objetiva y sin caer en sesgos ideológicos es necesario reconocer que los procesos a los cuales denominamos de cambio de paradigma jurídico en la actualidad son fuertemente criticados por distintos autores que sostienen que esta imposición de las teorías *pospositivistas* o *neoconstitucionalistas* son un verdadero retroceso civilizatorio ya que han puesto en crisis la noción del Estado del Derecho, cambiando la dinámica ya establecida del “gobierno de las leyes” y regresar al “gobierno de los hombres”, quienes tienen un privilegio por pertenecer a las élites intelectuales y judiciales, pasando de la noción del Derecho general, al Derecho del caso¹⁵.

Uno de los principales exponentes de esta corriente crítica es Francisco J. Laporta, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, quien sostiene en su obra “El imperio de la ley. Una visión actual”, que es necesario recuperar esa conquista europea del concepto de “*rule of law*”, entendida como la piedra angular sobre la cual se sostiene la legitimidad de los sistemas jurídicos frente a ese abuso de poder que se mantenía en decisiones impredecibles y arbitrarias que ahora han sido recuperadas con el esquema neoconstitucional.

Frente a estas críticas es importante recordar que el texto constitucional no puede ser concebido como un documento netamente ideatorio, ni tampoco convertirse en una normatividad asfixiante que impida la correcta aplicación de aquellos principios y derechos.

¹⁴ J. CASTRO Y CASTRO, *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*, México D.F. 2006, p. 133

¹⁵ I. LIFANTE, *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima 2010, p. 17.

... la expresión “Constitución viva” denota – con un lenguaje sugestivo- el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política¹⁶.

El reto en el caso ecuatoriano es apropiarse de la Constitución procurando que las garantías políticas y jurídicas que ésta ha fijado sean el soporte para la construcción de un Estado diferente. Una de los caminos para lograrlo es a través de la participación ciudadana lo cual devenga en la “ciudadanización del poder”, en la cual los organismos creados por la norma fundamental para la participación de los ecuatorianos salga de la esfera partidista y se asiente en los ciudadanos de a pie. Es trascendental comprender que la Constitución debe entenderse como un elemento instrumental y no puede ser tomada como punto de llegada o panacea para la consecución de objetivos, pues si bien es cierto ésta actúa como instrumento para resolver los conflictos en la sociedad, los mismos no terminarán si los ciudadanos no se apropian de ésta y constitucionalizan al Estado, al sistema normativo y al poder público y privado.

¹⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 15, en particular, pp. 15-17.

2. Los tratados de derechos humanos en la práctica constitucional.

No podemos plantearnos un estudio sobre la verdadera dimensión que cumple la separación de poderes ligada a la democracia sin concluir refiriéndonos a la visión holística de los derechos humanos que se consideran en el texto constitucional y que son reflejo de un proceso histórico y de una construcción reflexionada en torno al individuo y a la sociedad.

En el contexto europeo la Ley Suprema de la República Federal Alemana realiza uno de los planteamientos más interesantes respecto a las garantías jurídico-constitucionales, las cuales sin duda fueron una respuesta frente a los acontecimientos sucedidos a mediados del Siglo XX. De esta manera los derechos fundamentales fueron entendidos como una expresión del disfrute de la libertad, los cuales solamente pueden ser limitados por una ley y de acuerdo a las disposiciones que prevén su Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El nuevo orden jurídico, frente a este pasado, reconoce en el primer artículo de la Ley Fundamental el carácter ilimitado e indisponible del más alto principio de dignidad humana (art. 1.1.), y se funda en la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos (art. 1.2).¹⁷

Con una inspiración similar la Constitución del Ecuador en sus preámbulo indica justamente la decisión de construir una sociedad en la cual se “respetar, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”, así también dentro de los principios que contiene nuestra norma fundamental, el Art. 11, numeral 7 indica que a más de los derechos y garantías que se reconocen en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, el Ecuador también reconoce todos aquellos derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades.

Dentro del amplio abanico de los derechos humanos, es necesario comprender la dimensión y el concepto de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, pues en ocasiones pensamos que las únicas libertades que se deben defender son las relacionadas con los derechos civiles y políticos y nos olvidamos del importante rol que juegan los primeros en el acceso a capacidades básicas para poder evitar la inanición,

¹⁷ P. CRUZ, *Escritos de Derecho Constitucional*, Konrad Hesse, Madrid 2011, p. 152, en particular, pp. 151-155.

desnutrición, mortalidad, capacidad de leer, entre otras, que son relacionadas a derechos como alimentación, seguridad social, salud y educación.

Gracias a la aplicación correcta y progresiva de estos derechos se intenta luchar contra las desigualdades y corregir prácticas discriminatorias que dejaron aislados a un sin número de colectivos, es por ello la importancia de una correcta difusión y protección de los derechos humanos, pues solo de esta manera los ciudadanos podrán empoderarse de estos derechos y pedir su cumplimiento.

Por ello el papel que juega el Estado es central ya que de él depende estructurar y ejecutar las políticas públicas necesarias para garantizar el acceso a libertades básicas con las cuales se podrá reducir la pobreza, todo esto entendido dentro de un Estado de bienestar liberal-democrático, que cuenta tanto con derechos civiles y políticos así como con los DESC.

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han impulsado un conjunto de estándares que contribuyen a la concreción de dicho enfoque de derechos humanos en las políticas públicas... Los DESC son derechos humanos que “nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana.”¹⁸

En Latinoamérica la aplicación progresiva de los derechos humanos en particular de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido posible gracias a un cambio no solo de actitud sino de compromiso por parte de quienes administran justicia y a través de sus sentencias en la construcción de contenidos de derechos.

Rodrigo Uprimy Yepes considera que si bien es criticable que el administrador de justicia constitucional desconozca sobre aspectos económicos o por el contrario no mida el impacto que tienen sus decisiones respecto de las obligaciones que terminará adquiriendo el Estado, ahí radica en teoría esa independencia que le permitirá sin limitaciones y restricciones de carácter presupuestario evaluar, razonar y sentenciar pensando en el derecho y en su correcta aplicación¹⁹.

Dentro de este contexto entenderemos que son muchos los instrumentos jurídicos de

¹⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José 2008, p. 22-23.

¹⁹ R. UPRIMNY, “*Reflexiones sobre Constitución, economía y justifica constitucional*”, en: D. MARTÍNEZ, *Genealogía de la justicia constitucional*, Quito 2011, p. 57, en particular pp. 57-105

carácter internacional que incorporan la protección de los derechos humanos y los cuales son exigibles a través del orden constitucional.

Para el exmagistrado y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado, la posibilidad contar en el siglo XXI con herramientas y elementos que permiten desde el orden constitucional en el fuero interno de cada uno de los Estados, vincular una correcta aplicación de los derechos humanos.

No olvidemos que en el caso ecuatoriano existe no solo se establece posibilidad que tanto la Constitución así como los tratados internacionales de derechos humanos ratificados que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Sino que del mismo modo no solo los jueces están obligados a aplicar los tratados internacionales de derechos humanos de manera directa, sino que además de estos la Constitución establece que también lo harán los servidores públicos, lo cual como podemos ver amplia el espectro de aplicación y favorece para el desarrollo de los derechos y la debida protección de los seres humanos.

3. Los Derechos Humanos en el neoconstitucionalismo latinoamericano.

Dentro del estudio del derecho y la teoría general del derecho los doctrinarios han visto la necesidad de realizar un estudio de manera comparada de los distintos ordenamientos jurídicos a fin de buscar en ellos similitudes y tendencias que permitan un desarrollo equilibrado y sobre todo en el cual la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos alcancen la mayor cobertura.

Para ello no hace falta tan solo la lectura de la distinta normativa que rigen en los Estados sino que hace falta una investigación profunda acerca de las distintas instituciones jurídicas, el avance en la cobertura de ciertos derechos y aquellas tendencias que de una u otra manera han logrado influir en la región y lógicamente en nuestro país.

3.1.El constitucionalismo en América Latina de posguerra frente a la posición europea.

Basta hacer un paso rápido por la historia y encontraremos que los distintos modelos de Estado han repercutido de manera directa en lo que entendemos ahora como construcción social, pasando desde el “...Estado patrimonial del Medievo, el Estado policía del Renacimiento y el Estado moderno o de derecho de la época que sigue a la Revolución francesa...²⁰”, claro está que la situación descrita permanecerá en la mayor parte de los Estados europeos hasta finales de la I Guerra Mundial, puesto que hasta esa fecha podíamos hablar de constitucionalismo ya que se aplicaba de manera directa una dinámica y una lógica para la resolución de problemas jurídicos inspirados en el deber ser de la Constitución, lo cual cambiará diametralmente con la aparición del nazismo en Alemania.

No podemos olvidar que durante el período conocido como de entreguerras el modelo constitucional demoliberal fue desprestigiado junto con el parlamentarismo que quedó en total descrédito, puesto que no podía dar una respuesta eficaz a las demandas que en ese momento planteaba sobre todo el grupo obrero. Todo esto llevó a una crisis total, es por ello que la respuesta eficaz fue el presentar un modelo como el de la

²⁰ P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Bogotá 1997, p. 79, en particular pp. 79-81.

Constitución alemana de Weimar que integró algunas ideas, las cuales se mantuvieron hasta 1933. “La Constitución alemana de Weimar, de 1919... al incluir (sobre el precedente de la Constitución de México de 1917) un extenso catálogo de normas sobre relaciones sociales, enseñanza obligatoria, seguridad de los trabajadores o vivienda, abrió <la posibilidad jurídica> del Estado social”.²¹.

Para el ecuatoriano, Ramiro Ávila hablar de neoconstitucionalismo nos lleva de manera inmediata a pensar en Europa y como punto de partida en aquella respuesta que se da a aquellos regímenes fascistas que gobernaron hasta finalizada la II Guerra Mundial y que trajeron desgracia, abuso a los derechos humanos y retroceso en la concepción de la comunidad internacional.

Por dicha razón Italia, Alemania y España serán los que a partir de mediados del siglo XX aquellos que se replanteen la forma de concebir al Estado y sobre todo el rol que deberá jugar el derecho en la construcción social, para lo cual buscarán a la Constitución ya no solo como la vieja concepción de regulador político sino que elevarán su contenido a una verdadera reguladora de la sociedad²².

Es necesario indicar que este proceso de reforma y de replanteamiento ideológico-jurídico no será de manera inmediata manejada por los gobiernos antes nombrados, sino que serán los académicos, los filósofos y los progresistas quienes intentarán construir este modelo que recogía las aspiraciones de los ciudadanos y sobre todo se entendía dentro de esa gran idea de límite necesario al excesivo poder público. Para esto no olvidemos conforme lo indica el jurista Gerardo Pisarello que las constituciones madres son la mexicana, la rusa y la weimariana.

²¹ A. GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid 2011, p.63, en particular pp. 63-71.

²² R. ÁVILA, *op. cit.*, p. 63.

3.2.Neoconstitucionalismo europeo.

La construcción de este denominado neoconstitucionalismo europeo responderá de manera preponderante a las siguientes preocupaciones:

1. Violación de los Derechos Humanos.
2. Arbitrariedad del legislativo debido a la rigidez de la Constitución.
3. Necesidad de aplicación directa de la Constitución, so pretexto de su desarrollo a través de normas secundarias.
4. La no aplicación e irrespeto a las normas constitucionales, por la falta de un tribunal que vele por su cumplimiento.

Insistimos en que un factor decisivo en esta nueva construcción será “... la derrota del fascismo y del nazismo trajo consigo un fuerte resurgimiento democrático, que permitió recuperar algunos de los elementos más avanzados del constitucionalismo social y democrático de posguerra...²³”, pese a que con el inicio de la denominada guerra fría y el predominio bipolar de las grandes potencias, Estados Unidos y la URSS, el desarrollo de los derechos también tomará un giro quedándose de manera separada los Derechos Civiles y Políticos, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁴

En países como Alemania, Austria, Checoslovaquia y España, los procesos constituyentes permitieron que la edificación del nuevo Estado se lo haga a partir del principio de soberanía popular, el cual será el punto de partida para el proceso de constitucionalización de los derechos²⁵.

Otro factor que identifica es que a diferencia de lo que sucedía con la visión clásica del derecho constitucional, esta nueva construcción toma más relevancia sobre la parte dogmática, esto es en la regulación y contenido de los derechos, dejando a la parte orgánica un papel secundario, y sobre todo dando respuesta a las preocupaciones que anteriormente expresamos, el parlamento se somete a lo que la Constitución dispone así como aparece el órgano de control, al que llamaremos Control Constitucional, y que ejercerá sus tareas a través de un “control concentrado” y que en determinados ordenamientos jurídicos se dejará esta tarea a los jueces a través del conocido “control

²³ G. PISARRELLO, *Un largo temidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito 2011, p. 151, en particular pp. 151-152.

²⁴ R. ÁVILA, *op. cit.*, p. 63, en particular pp. 63-65.

²⁵ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional, duodécima edición*, Madrid 2010, p. 191, en particular, pp. 191-195.

difuso” y la tutela de los derechos.

En el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial la imposición en la práctica de los derechos fundamentales ha sido pacífica, sin que se hayan planteado en estos decenios problemas de cierta envergadura que merezcan ser mencionados. Al contrario. La doctrina alemana de los derechos fundamentales ha ido calando y extendiéndose hasta convertirse en cierta medida en una doctrina europea de los derechos.

A fin de comprender de mejor manera aquellas Constituciones Europeas de democracia clásica, se incluye el siguiente cuadro²⁶:

Etapa	Período de tiempo	Países
I	Siglo XIX	Noruega (1814) Bélgica (1831) Suiza (1848) Luxemburgo (1848, 1868 y 1919) Holanda (1887 – reformada en 1983)
II	Siglo XX (Primera Posguerra)	Finlandia (1919), Austria (1920 – 1929), Irlanda (1937)
III	Siglo XX (Última Posguerra)	Islandia (1944), Italia (1947), Alemania Occidental (1964), Suecia (1974), Grecia (1975), Portugal (1976 – 1982), España (1979) y Turquía (1982)

3.3. Neoconstitucionalismo latinoamericano.

A inicios del siglo XX, la situación particular por la cual atravesaba Chile y Uruguay por ejemplo eran la excepción de lo que en ese momento se vivía en América Latina, pues estos países desde inicios del siglo XX tuvieron ya un desarrollo constitucional apegado a lo social bastante interesante.

Los contenidos fueron de corte social demócrata y persistieron hasta el Golpe de Estado de 1973. En el caso chileno los padres de este cuerpo normativa fue el reconocido jurista Alessandri; mientras que en el texto uruguayo los avances sociales

²⁶ Cuadro realizado por el autor.

fueron significativos incluyendo medidas como “...jornada laboral semanal máxima de 48 horas, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, las pensiones por invalidez y mayoría de edad, el control público de la banca, la posibilidad de divorcio... y la separación entre iglesia y Estado...”²⁷.

La herencia del constitucionalismo europeo se verá replicado en la región latinoamericana a partir de la década de los ochenta y de los noventa, respectivamente, pues guardando las distancias de lo que vivió Europa después de la II Guerra Mundial, nuestro continente salía de perversas dictaduras que a sangre y fuego violaron los derechos humanos, por lo que los cambios vividos a finales del siglo XX representaron verdaderos avances históricos respecto al derecho constitucional y a la reconfiguración de la protección de los derechos de los seres humanos, pues con la Constitución de Brasil en el año de 1988 se marca en América Latina un intenso período de cambios en la mayor parte de países.

Claro está que dada la influencia que tuvo tanto el constitucionalismo europeo, “... esta oleada de reformas y nuevas constituciones en América Latina tienen algunos rasgos comunes, que podemos reagrupar en aquellos más relativos a la llamada “parte dogmática” de la Constitución y otros más vinculados a la llamada “parte orgánica”...”²⁸. De esta forma se buscó que los nuevos contenidos de derechos no se quedaran simplemente en manifiestos o reconocimientos, por lo que se vio la necesidad de regular los mecanismos a través de los cuales éstos se conviertan en exigibles.

Una de las herencias que tuvo nuestra región respecto al conocido constitucionalismo europeo de posguerra fue la fórmula ideológica de corte liberal-democrático, conocida como el “Estado social y democrático de derecho”, la cual ingresó como una construcción ajena y que poco a poco se fue convirtiendo en el modelo anhelado por todos los Estados y que en la actualidad predomina en el continente.

Sin duda la expansión de los derechos que se da en América Latina sobrepasa aquella herencia europea del constitucionalismo, pues uno de los avances que se plasman en los textos americanos será el reconocimiento de los Derechos Económicos,

²⁷ G. PISARRELLO, *op. cit.* p. 151, en particular pp. 151-152.

²⁸ R. UPRIMNY, *op. cit.*, p. 57, en particular pp. 57-61.

Sociales y Culturales, dejando atrás aquella visión en la cual estos derechos no son justiciables y dependían de manera exclusiva de los fondos del Estado para que se vuelven exigibles²⁹.

Otro de los aspectos que destacan de este verdadero cambio fue sin duda la incorporación de la participación ciudadana en la construcción del Estado, sin olvidar que a finales del siglo pasado, estas fueron realmente iniciales y poco representativas.

Se suma además el reconocimiento de nuestros pueblos ancestrales y la riqueza multiétnica que podemos encontrar, destacando aquí la importancia de la diversidad. Al respecto es importante incluir los siguientes ejemplos donde se ve claramente esta situación:

Colombia: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

Brasil: “El estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales.”

Venezuela: “...Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado...”

Claro está que también fue el momento histórico de reencontrarse con los grupos vulnerables y aquellos que durante tanto tiempo vivieron discriminación, sobre todo el colectivo de los indígenas o pueblos originarios así como los afrodescendientes, a quienes se les reconoce unos derechos especiales, y en el primer caso incluso se les acepta un sistema judicial propio.

²⁹ R. ÁVILA, *op. cit.*, p. 61.

4. Análisis comparativo de la legislación sobre neoconstitucionalismo

4.1. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso México

A fin de analizar el impacto que ha tenido este cambio de paradigma neoconstitucional en cada una de las legislaciones, se tomará en cuenta el aporte en materia de derechos humanos y como estos son exigibles en cada normativa interna.

En el caso mexicano si iniciamos con la Constitución de Querétaro de 1917 y que tiene vigencia, podemos encontrar el rol fundamental que juega el Estado a la hora de desarrollar su papel en la economía, y el nacionalismo expresado en las empresas y en la prestación de servicios públicos³⁰.

Durante el siglo XX fueron importantes los procesos de reformar agraria, así como la laicidad a toda su escala y en particular en el derecho a la educación. Para Juventino Víctor Castro y Castro, es evidente en la Constitución mexicana encontrar un halo positivista que prevalecía en su época y que era lógico que venía dado desde el punto de vista doctrinario de Kelsen.

La crítica que se hace en consideración al texto constitucional es que no hace falta tan solo al desarrollo de derechos y su contenido en una norma, sino que la libertad del individuo debe estar tenida en cuenta en los siguientes aspectos como: garantía de libertad, garantías del orden jurídico y garantías de procedimientos.

Constitución de México³¹

Garantías de libertad

Tipo libertad	Contenido
Libertad física	Respeto a la vida Art. 22 Derecho a poseer armas Art. 14 Legítima defensa Art. 10 Prohibición de esclavitud Art. 2 y 15 Pérdida de la libertad 16, 18 y 19 Arresto Art. 21 No prisión por deudas Art. 16, 18 y 19

³⁰G. PISARRELLO, *op. cit.*, p. 152.

³¹ Cuadro realizado por el autor.

Libertad domiciliaria	Inviolabilidad de correspondencia Art. 25 Prohibición alojamiento de militares en tiempos de paz Art. 16
Libertad de acción	Libertad ocupacional Arts. 4 y 5 Libertad de tránsito Art. 11
Libertad ideológica	Libertad de expresión y pensamiento Arts. 6 y 7 Libertad de palabra. Art. 6 Libertad de imprenta. Art. 7 Libertad de información y comunicación. Arts. 4 y 6 Libertad religiosa Art. 24 Libertad de instrucción Art. 3
Libertad económica	Libre concurrencia Art. 28

Así como las ya nombradas garantías de libertad, encontramos aquellas de orden jurídico, las de juzgamiento, de procedimiento, las de igualdad, así como las normas mediante las cuales se puede suspender dichas garantías.

De acuerdo a la actualidad jurídica y que tiene que ver con el presente trabajo, se debe mencionar la importante reforma en materia de derechos humanos que en el año 2011 se introdujo en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Puesto que esta reforma obliga al Estado a una serie de situaciones pues afectan de manera directa al núcleo central de la comprensión de los derechos, lo cual conlleva una serie de obligaciones.

Como bien lo señala el profesor Miguel Carbonell, el artículo primero de la Constitución pasa de tener 3 párrafos a 5, siendo el que más llama la atención el tercero³², en el cual se establecen al menos 3 niveles de nuevas responsabilidades para el

³² “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Estado. Situación que como analizaremos a continuación son una respuesta a la doctrina neoconstitucional así como a la influencia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su interesante jurisprudencia, y que en comparación a lo que sucede en el Ecuador, estas obligaciones el Estado las tiene desde la Constitución de 1998 y que han sido reforzadas a partir de 2008.

Se encuentran 3 niveles:

- 1) Obligaciones para las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos en todas sus actuaciones.
- 2) Principio de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- 3) Prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación a los derechos. Tomando de esta manera un rol mucho más protagónico el Estado con respecto a los derechos de los ciudadanos.

Es por esto que esta reforma que pone como punto fundamental la protección de los derechos fundamentales así como la obligación del Estado, tiene una vinculación directa con los tratados internacionales de derechos humanos los cuales “...han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio)...³³”

4.2. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso Colombia

Desde la Asamblea Constituyente de 1991 y con sus posterior expedición de la Constitución Colombiana, se logró una separación interesante en la administración de justicia, pues se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la función de conocer aquellos recursos de casación, mientras que el control de constitucionalidad, teniendo para sí “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Por lo que es lógico comprender que frente a las decisiones de este órgano no cabe ninguna acción.

Sin embargo, una de las particularidades que se incluyeron como aporte al derecho constitucional latinoamericano así como a un visión holística y de reconocimiento de un Estado plural y multiétnico es que la Constitución de 1991 “...fue la primera en reconocer, en el artículo 246, la aplicación de justicia por las comunidades indígenas,

³³ M. CARBONELL, Los derechos fundamentales en México, México 2011, p. 70.

conforme a su derecho consuetudinario pero dentro de unos límites que permitan armonizar la jurisdicción estatal y la indígena...³⁴”, situación que posteriormente será replicada por las constituciones de Paraguay, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

Por otro lado, una de las figuras jurídicas que más llama la atención dentro del desarrollo constitucional colombiano es el de la Protección de Tutela, la cual fue tomada por el constituyente de 1991 e incorporada en la Carta Constitucional basada en los conceptos del recurso o petición de “amparo” propia del derecho mexicano, la cual a su vez tuvo un fundamento en el habeas corpus propio del commonlaw y en la revisión judicial norteamericana.

... la Constitución de 1991 es rígida, existe la Corte Constitucional, que ejerce el control de constitucionalidad, se reconoce la fuerza vinculante de la Constitución, existe sobreinterpretación de la Constitución, pudiendo afirmarse que existen innumerables reglas y subreglas extraídas del texto constitucional... se acepta la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes, que tiene calidad de jueces constitucionales, especialmente en las acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales³⁵.

Su propósito es el de “...proteger por vía judicial los derechos inherentes a la persona, como ser individual o social, y expresamente estipulados en el estatuto superior con el nombre de derechos fundamentales...³⁶”, el cual destaca por sus características de ser un proceso ágil, preferencia y sumario.

Como ya nos habíamos referido a las obligaciones que tienen los Estados respecto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y que fueron tomadas en el caso mexicano a partir del año 2011, para Colombia ya desde 1991 a través de las distintas herramientas jurídico-constitucionales de carácter interno buscan tutelar en todo momento la protección de los derechos de sus ciudadanos.

El texto constitucional desarrolla en su artículo 86³⁷ la tutela constitucional, como

³⁴ R. UPRIMNY, *op. cit.*, p. 57, en particular pp. 57-105

³⁵ M. MONROY, *Ensayos de teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Bogotá 2007, p. 242, en particular pp. 238-243.

³⁶ J. HENAO, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá 2003, p. 4, en particular pp. 4-5.

³⁷ Art. 86 Constitución de Colombia: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera

mecanismo de protección directa de los derechos fundamentales, así como otros mecanismos, como las acciones populares, para la protección de los derechos colectivos. Sistemas que fueron implementados a través de la aplicación de un control difuso por parte de los jueces constitucionales y debidamente articulados con la Corte Constitucional, en los supuestos cuando se vulnera o amenaza contra un derecho fundamental por parte de una autoridad pública.

Con respecto a la aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, es importante recordar que la propia Constitución de Colombia en sus artículos 93³⁸ y 214³⁹, hace una amplia consideración al respecto resaltando no solo su importancia sino su aplicación directa así como su prelación frente al derecho interno, tanto es así que ni siquiera en los estados de excepción estos derechos que se han visto constitucionalizados (es decir convertidos en fundamentales) pueden suspenderse.

Para el presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Jaime Córdova Triviño, en los fallos de este organismo se ha visto el verdadero espíritu de la carta constitucional:

La Corte ha señalado que tienen jerarquía y valor constitucional, para todos los efectos, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidas en estado de excepción, así como las normas del derecho internacional humanitario...

... la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un referente que debe ser atendido por los operadores jurídicos nacionales, pero, en particular, por la propia Corte Constitucional. Por ello, un número importante de las decisiones de la Corte Constitucional han estado justificadas, entre otros argumentos, en decisiones de la Corte

que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”

³⁸ Art. 93 Constitución de Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...”

³⁹ Art. 214 Constitución de Colombia: “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: ... 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos...”

Interamericana⁴⁰.

Por ello vemos un gran avance tanto en el derecho constitucional colombiano así como en la defensa de los derechos de las personas a través de la prelación en su ordenamiento jurídico de aquellos tratados internacionales de Derechos Humanos, así como es fundamental comprender como el resto de normas de los tratados sirven como un “parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales”.⁴¹

Además para la Corte Constitucional de Colombia los precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH son consideradas como un “estándar relevante”, el cual es tomado en cuenta por los administradores de justicia, así como el criterio que es relevante en estos momentos en los cuales Latinoamérica cuestiona la vigencia del Sistema Interamericano y es el hecho de que a dichas sentencias se les debe respeto ya que este factor contribuye a la sostenibilidad de una decisión judicial interna, ya que se debe respetar el marco regional-internacional para que el plano local cobre vida dentro del concepto amplio del bloque de constitucionalidad.

Un último aporte que vale la pena destacar es la incorporación de las figuras del plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto y revocatoria de mandato, pese a que aún son muchos los críticos que califican a la Constitución colombiana como “socialdemócrata y neoliberal”, dichas tensiones se han desarrollado en los últimos años, sin embargo, ha sido la Corte Constitucional a través de sus fallos la que se ha encargado de frenar esas disputas y tutelar en todo momento los derechos de las personas.

4.3. Análisis de legislación extranjera sobre neoconstitucionalismo: caso Argentina

Comprender el esquema constitucional argentino debe hacerse desde un perspectiva histórico jurídica, por ejemplo el doctrinario Carlos Santiago Nino considera que muchas de las falencias en la práctica jurídica de este país se deben a las décadas de autoritarismo que tuvieron que soportar, lo cual desembocó en aquel “terrorismo” de las

⁴⁰J. TRIVIÑO, “*Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano*” Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2007), p. 667, en particular pp. 667-684.

⁴¹ Sentencias: C-010/00. C-406/96. T-586/99 y T-1319.

dictaduras militares de los setenta en las cuales se cometieron un sin número de crímenes, torturas y desapariciones forzadas.

Tomando las palabras de Alberdi, la Constitución debe constituir “la carta de navegación del país”, puesto que nos conduce y nos guía en el panorama jurídico y en la vida misma del Estado.

Mucho se ha avanzado desde el restablecimiento del proceso democrático a fines de 1983. Se ha sentado el principio de que la usurpación del poder, las violaciones a los derechos humanos no son impunes... La violencia política ha disminuido a un mínimo, y los abusos del aparato coactivo estatal –por lo menos en el primer período de la transición- disminuyeron notablemente. Se han adoptado mecanismos de alcance internacional como reaseguro de los derechos humanos⁴².

El artículo 75, numeral 22 de la Constitución establece una extensa lista de tratados internacionales en materia de derechos humanos los cuales adquieren un rango constitucional.

A criterio del autor español José A. Pastor Ridruejo, “... los autores que se adscriben al monismo proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos...⁴³”, a manera de complemento en el continente americano el autor chileno Vargas Carreño indica “en la concepción monista, el derecho internacional no sólo rige las relaciones entre los Estados, sino también es parte integrante del ordenamiento jurídico de los Estados, sin que sea necesario transformarlo en derecho interno”⁴⁴. Por ello como bien lo señala Hans Kelsen⁴⁵ muchas Constituciones establecen a casi todos los tratados internacionales la necesidad de ser aprobados por el órgano legislativo⁴⁶. Claro está que esto no representa una transformación, sino por el contrario la Asamblea

⁴² C. NINO, Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires 2005, p. 715.

⁴³ J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Interancional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 2010, p. 168.

⁴⁴ E. VARGAS, *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, 2006, p. 197, en particular pp. 197-199.

⁴⁵ “El derecho internacional otorga legitimidad ... al poder que está en proceso de establecerse y delega así en el orden coactivo impuesto por dicho poder, en la medida en que sea realmente eficaz. Este principio de efectividad constituye un principio jurídico del derecho internacional y desempeña la función de norma fundamental de los diversos ordenamientos jurídicos estatales...”.

⁴⁶ H.KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid 2011, p. 88, en particular pp. 88-89.

Legislativa participa en el proceso de creación del derecho internacional. Tal situación podemos encontrarla en el artículo 419 de la Constitución del Ecuador.⁴⁷

Cabe señalar que en el derecho comparado latinoamericano podemos encontrar que la mayoría de Constituciones incorporan al derecho internacional a su ordenamientos jurídicos internos: Argentina (art. 75), Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144), Honduras (art. 16), Paraguay (art. 141), Perú (art. 55) y Venezuela (art. 29).

En el caso argentino es importante referirse a los nuevos parámetros de control, integran lo que se denomina como nueva fórmula de validez del derecho positivo argentino, y que para Aragón son agrupados por la doctrina bajo la noción de Bloque de constitucionalidad federal⁴⁸. Quedando la Constitución Argentina ya no con la clásica pirámide Kelseniana, sino con un trapecio trunco, en el cual la Constitución deja de ser exclusiva y comparte espacio con los tratados internacionales de Derecho Humanos que tienen ahora igual jerarquía.

⁴⁷ Caso LaGrand (Alemania contra los Estados Unidos de América), sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la cual con 14 votos contra uno consideró lo siguiente: "...al no informar a Karl y Walter LaGrand sin demora, después de su detención, de los derechos que les correspondían en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y al privar a Alemania de la posibilidad de prestar oportunamente la asistencia prevista en la Convención a esas personas, **los Estados Unidos infringieron las obligaciones que tenían con Alemania y con los hermanos LaGrand.** Fallo de 27 de junio de 2001.

⁴⁸ ARAGÓN REYES, *op. cit.* p. 9, en particular 9-39

Capítulo II

Derechos Humanos y Neoconstitucionalismo en Ecuador

1. Evolución de los Derechos Humanos

1.1. La Constitución Americana y su modelo

Dado el carácter de colonia inglesa que tuvo el territorio americano, y por la marcada presencia de *pilgrims* europeos, especialmente de Holanda, Bélgica, con un carácter puritano muy fuerte, que influenciados por las Iglesias protestantes de la época, lograrán que el sistema americano traiga para si aportes del derecho inglés y francés, basados en la razón del individuo⁴⁹.

Además es importante agregar que antes de la Independencia, las concesiones de derechos que el pueblo obtenía siempre eran a cambio de acuerdos comerciales con los ingleses, quienes tenían mayores ganancias y a cambio ampliaban el espectro de los derechos.

Aunque su origen aparece muy influido por el modelo británico y producto del establecimiento de colonos ingleses de varias procedencias, en su evolución posterior asumirá rasgos comunes con el francés, que incluso han producido hipótesis científicas de influencia de las Declaraciones Americanas sobre la Francesa de 1789...

... d) Los contenidos de los derechos propugnados desde la filosofía primero, y recogidos después en los textos de derecho positivo, pertenecen a la aportación liberal y se refieren a la libertad de pensamiento y de conciencia, a las garantías procesales, a la soberanía del pueblo y su partición política⁵⁰.

A diferencia de lo que ocurrirá en Francia para 1789, donde se apartó totalmente la influencia de grupos religiosos para la redacción de la Declaración, en el caso americano se habla de todas esas minorías religiosas en la primera enmienda al reconocer una libertad religiosa, sin imponer una religión oficial, dando así una ligera influencia ética-religiosa, dentro de los apartados de los textos legales.

⁴⁹ G. OSTRANDER, *The Rights of man in America, 1606-1861*, Columbia 1969, pp. 70-97.

⁵⁰ G. PECES-BARBA, "Lecciones de Derecho Fundamentales, Madrid 2004, p 99.

Solo para ejemplificar al modelo, es necesario referirnos a una de las libertades, para lo cual es necesario citar la primera enmienda:

... prohíbe el establecimiento de una religión oficial, y reconoce la libertad religiosa, de expresión y de asociación. Asimismo se contempla la responsabilidad del gobierno por sus actuaciones:

El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión o se prohíba ejercerla, o se limite *la libertad de palabra*, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios⁵¹.

Ya en el plano jurisdiccional han sido muchos los procesos que la Corte Suprema de Estados Unidos ha tenido que tratar respecto a la primera enmienda, donde se ha establecido que dicho derecho (libertad religiosa y de expresión) si admite determinadas restricciones y que la interpretación que se hará del texto legal no se lo puede hacer de una manera literal, pues existen intereses superiores que el Estado debe precautelar y que se encuentran por encima del derecho.

...the Supreme Court from 1937 to 1971, the Court has never taken literally the injunction “shall make no law... abridging the freedom of speech...”

Even Meiklejohn, who took a very wide view of the protection to be afforded political speech under the First Amendment, recognized that addresses at public meetings could be regulated and cut short on valid free speech grounds. Absolutists can try to defend their corner by asserting that “abridging” does not cover all forms of regulation and that “the freedom of speech” is not the same as ‘speech’, so that rightly understood the term does not exclude restrictions on some modes of expression.⁵²

El modelo americano incluso en la actualidad por las decisiones tomadas por su Corte Suprema, demuestran un cierto conservadurismo respecto a las decisiones que se toman respecto a las libertades.

⁵¹ G. PECES-BARBA y Otros, loc. Cit. p 15. Artículo de Rafael Asís de Roig y otros. p 104.

⁵² E. BARENDT, “Freedom of Speech”, New York 1985, p 32.

Así el criterio de tolerancia que maneja los Estados Unidos en sus normas, permite la libertad de prensa en todos los sentidos, siempre y cuando esta no sea maliciosa, difamatoria o critique a sus figuras públicas. Cuestionable el último aspecto, sin embargo es preferible este sistema mucho más abierto y flexible, donde se elimina el riesgo que alguna opción política importante sea previamente destruida, garantizando así las libertades plenas de sus ciudadanos.

1.2. La Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano - 1789

Por otro lado, es necesario realizar una breve aproximación al sistema del cual latinoamericana ha tomado las pautas para su ordenamiento jurídico. Para ello debemos trasladarnos a finales del siglo XVII y analizar las constantes revueltas y malestar que sentía el pueblo francés ante un régimen absolutista acaparador de riquezas y libertades de los individuos, sumados al movimiento intelectual y de cambio que había sentido su influencia con la Ilustración, llevará a que se constituya una Asamblea Nacional que será la encargada de la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*.

Este texto elaborado en 1789, será uno de los mayores logros y referentes para la humanidad, pues todos aquellos aspectos y luchas por las libertades del individuo, serán ya reconocidos en un texto legal que ya reconoce *derechos* a los *ciudadanos*⁵³.

Así la garantía de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, se traducirán al positivismo, aunque para muchos, a diferencia de la praxis de los ingleses, los franceses se basarán más en declaraciones y reconocimientos, y no se otorgarán soluciones visibles e inmediatas, sin embargo son las bases sobre las cuales se han desarrollados muchos de los sistemas jurídicos del mundo, incluso hasta la actualidad, pues fueron visionarios, humanistas y garantistas.

Quizás el significado más radical de la Declaración francesa, que es también una diferencia sería con los modelos ingleses sobre todo, pero también con el americano, es que supone la sustitución de la vieja legitimidad histórica y tradicional del antiguo régimen por una nueva que expresa la fundamentación del naciente Estado liberal...

... el texto de 1789 es, como hemos visto, una Declaración de derechos, pero supone además la

⁵³ G. GUSDORF, *Les révolutions de France et d'Amérique (La violence et la sagesse)*, París 1988, p. 28 y ss.

proclamación de una serie de principios de organización de los poderes y de funcionamiento del sistema jurídico. Los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la Ley, de separación de poderes y de legalidad tributaria están en el origen del constitucionalismo moderno y del Estado parlamentario...

...La ley emancipa al individuo de la esfera religiosa, del control religioso y del control político con el Estado liberal, y pretende emanciparle de los condicionamientos económicos y culturales con el Estado social. Son grados y momentos de la relación entre la libertad y la Ley, y no se puede decir que existe paternalismo en esta última dimensión, sin extender esa afirmación a las demás, porque en definitiva en todos los casos la Ley y el Derecho no hacen sino tutelar la libertad del individuo⁵⁴.

Quizás le debamos al duque de La Rochefoucauld, así como Rabaul de Sant-Étienne, Anson, los aportes para la redacción final de este innovador proyecto de reconocimiento de los derechos; mientras en el seno de los grupos religiosos existieron opiniones contrarias, las cuales al ser el mantenimiento del status quo y dogmáticos no llegaron a influir.

1.3. Derechos Humanos⁵⁵

Durante el siglo XX el acontecimiento que cambió la visión de cómo entender los derechos sin duda fue la Segunda Guerra Mundial, ya que este evento bélico trajo consigo el desconocimiento total a la dignidad del ser humano así como represión, tortura, persecución y las mayores vejaciones que ha sufrido el individuo en toda su historia.

Además debe sumarse a esto aquel elemento de deconstrucción y retroceso en la conquista de los derechos de las personas que se había alcanzado años atrás, pues no podemos olvidar que los actos bélicos vinieron acompañados de largas campañas de difamación, persecución e eliminación de distintos colectivos humanos, entre ellos los judíos, gitanos, comunistas, etc.

Demostando de esta manera que la supuesta libertad ideológica, religiosa, así como la tolerancia que se debía manejar por la procedencia o el color de la piel se

⁵⁴ G. PECES-BARBA, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid 1993, p 113-114.

⁵⁵ A. MARTINEZ, Clases de Derecho Internacional Público, Cuenca 2012.

destrozaba por parte del régimen Nazi, frente a la comunidad internacional que en esos momentos dudaba del impacto y tamaño de la agresión que sufría toda la humanidad.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, y al momento que los países aliados intentan generar instrumentos internacionales para que no se vuelva a cometer agresión entre los Sujetos del Derecho Internacional, se retoma aquella idea de la Sociedad de las Naciones que no tuvo éxito en la segunda década del siglo XX y que inició a raíz del Tratado de Versalles.

Para lo cual se constituye la Organización de las Naciones Unidas, que surge con el objetivo principal de “Mantener la paz y la seguridad internacional”, y que gracias a este concepto se consolidó un sistema de protección de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos son aquellos inherentes a la dignidad humana y que resultan necesarios para el libre desarrollo de la personalidad. Son derechos fundamentales. Las constituciones modernas suelen incluirlos y asignarles un valor jurídico superior.

... el término “derechos humanos”, en un sentido general, es el derecho que asiste a todos los hombres por el solo hecho de serlo, y en un sentido más estricto se refiere a las obligaciones que asume un Estado de respetar esos derechos.⁵⁶

Sin embargo, pese a la codificación que se realizó tanto en la Declaración de los Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las ideologías y los intereses económicos continuaron pesando y fue así que dos grandes ejes representados por las potencias: Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, tomaron posiciones antagónicas que llevaron incluso a un desarrollo distinto de la protección de los derechos de los individuos de acuerdo al ámbito geográfico donde estos se encontrasen.

⁵⁶ MARGAROLI, J, y MACULAN, S, *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires. p.10

2. Derechos Económicos Sociales y Culturales

Resulta fundamental analizar cuál ha sido el papel de los DESC en la sociedad y determinar los objetivos que persiguen, así para Carbonell, "... el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo...⁵⁷", mientras que Chinchilla para explicar los objetivos y fundamentos de estos derechos indica que estos se vuelven necesarios para asegurar la consecución y ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, defensa y participación. Puesto que permiten plasmar en igualdad real y efectiva lo que solo con la fundamentación y positivización de los llamados derechos de primera generación no se lograrían.

Podemos decir que se traducen en aquellas prestaciones económicas de "dar y hacer", sin embargo, en la doctrina española y alemana se les ha calificado a los DESC como la "cuadratura del círculo" por su dificultad en dichos ordenamientos jurídicos de volverlos derechos fundamentales dentro del constitucionalismo. Pese a que según las tesis que plantea el neoconstitucionalismo "...todo derecho constitucional vinculado a la dignidad humana es candidato a ser fundamental, y lo es pero sólo respecto a ciertos contenidos.⁵⁸"

Para comprender las consideraciones que llevaron a la consecución de los DESC, es necesario recurrir a las justificaciones que llevaron a la creación del Estado social, donde se encuentra dos justificaciones: pluralistas (funcionalistas y conflictualistas), entendido el Estado como una respuesta a la modernización socio-económica. Y la segunda una justificación marxista, que entiende al Estado como el resultado de las conquistas realizadas por el proletariado⁵⁹.

Luigi Ferrajoli en su obra "Derecho y razón", indica que:

... Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades, frente a los abusos del poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural, las garantías sociales o positivas

⁵⁷ M. CARBONEL, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito 2011, p. 95.

⁵⁸ T. CHINCHILLA, *op. cit.*, p. 22, en particular pp. 22-25.

⁵⁹ M. CARBONEL, *op. cit.*, p. 95, en particular pp. 95-111.

basadas en obligaciones...⁶⁰

Por todo esto es que la responsabilidad del Estado se eleva ya que no solo asume sus funciones básicas, sino que se le agrega las de asistencia social las cuales serán innovadoras, progresivas y protectoras de los derechos que les corresponden a los seres humanos y que en Ecuador, que se autodefine en su Norma Básica como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, resulta fundamental entender que si bien es cierto muchos han intentado establecer diferencias sustanciales entre los Derechos Civiles y Políticos y los DESC, no podemos afirmar que exista una diferencia genética como lo califica Miguel Carbonell; sino que por el contrario a lo que se puedan pensar, incluso las libertades básicas consagradas en los textos constitucionales, también necesitan de las denominadas actuaciones positivas del Estado para que se garantice su aplicación, las cuales se traducen en **obligaciones de no hacer** o en su defecto **de hacer**. Así también no se debe olvidar que los derechos son universales, indivisibles y sobre todo interdependientes.

2.1. Derechos Económicos Sociales y Culturales, ¿manipulados?

En los últimos años el cambio económico ha traído como consecuencia importantes efectos en la vida de los latinoamericanos. Contrario a lo que se podía pensar tras la crisis financiera norteamericana y la caída de la burbuja inmobiliaria europea, los efectos han sido débiles respecto a la percepción de los ciudadanos de nuestro continente, y en particular en nuestro país donde cerca del 60% de la población aprueba el manejo y gestión de la política pública nacional.

Pese a ello esa falsa percepción de los ciudadanos respecto de su satisfacción económica los datos aún revelan la inequidad existente, ya que América sigue siendo el continente con mayor desigualdad del planeta.

En la actualidad si bien es cierto, la serie de facilidades que brindan la sociedad actual han permitido al ser humano tener una mayor amplitud, es decir, un abanico de posibilidades a fin de planificar su plan de vida; de igual manera existen una serie de riesgos que atentan contra su desarrollo como ser humano y que ponen en riesgo las conquistas conseguidas hasta la actualidad, que a criterio de Francisco José Contreras

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid 2000, p. 135

Peláez en su obra “Defensa del Estado social”, argumenta que existen cuatro factores de vulnerabilidad: 1. El desempleo; 2. La crisis de la familia; 3. El factor sexo (feminización de la pobreza); y, 4. La inmigración.

La importancia que cobran el manejo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, DESC, dentro de esta suerte de lucha por la sobrevivencia que tienen los ciudadanos en Latinoamérica, los cuales están dispuestos incluso a renunciar a ciertas libertades básicas conseguidas por el hecho de mejorar su condición socioeconómica frente a una falacia de determinados regímenes populistas que a través de su líderes autoritarios ofrecen ampliar coberturas y beneficios a cambio de la limitación de ciertas libertades ligadas a los derechos civiles y políticos.

Ferrajoli es muy fuerte con su crítica al afirmar que la existencia de un jefe carismático es siempre incompatible con la democracia, o cuando menos indica un debilitamiento de su dimensión política y representativa y no solo de su dimensión constitucional⁶¹. Sin embargo, el balance que plantea el profesor italiano es difícil de cumplir en los países de la región.

Lo que realmente apena es que si bien es cierto en los postulados de nuestra Constitución se recoge el concepto de un país intercultural, multiétnico, los niveles de intolerancia son los más altos de la región, llegando incluso a contradicciones al afirmar que en Ecuador un 42% no le gustaría vivir junto a un pobre, pues se asocia esta condición con inseguridad o insalubridad, pese a que los niveles de pobreza sean tan altos en nuestro país.

⁶¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.* p. 35, en particular pp. 35-39.

2.2. Ecuador y los Derechos Humanos en el siglo XXI⁶²

En la primera década del Siglo XXI, las posiciones ideológicas a nivel Latinoamericano han tomado ciertos giros, sobre todo con la centro derecha de Piñera en Chile, y con un presidente Santos en Colombia que no dio la continuidad a la posición planteada por Uribe años atrás.

Mientras tanto en Ecuador, con una línea ideológica particular los Cancilleres de turno les ha tocado implementar una política exterior que han traído reacciones de todo tipo en el tablero de la política internacional. Pues conforme lo establece nuestra Constitución aprobada en el 2008, se han dado cuestionados cambios al manejo del Derecho Internacional, con tres conceptos fundamentales: ciudadanía universal, libre movilidad y supresión progresiva de la condición de extranjero.

Así también, el país ha apoyado procesos de fortalecimiento de la regionalización, y la oposición a los Tratados de Libre Comercio, incluso en su momento llamó la atención que el Ecuador se haya adherido al ALBA, Alianza Bolivariana para los Pueblos de Americana Latina, lo cual se justificó en el Art. 304, numeral 5 del texto constitucional, al indicar que el país impulsa el desarrollo de las economías de escala y el comercio justo, ya que al promover el multilateralismo y la negociación en bloque, es la única forma de contribuir a la equidad entre los Estados.

Sin obtener hasta la fecha resultados efectivos y cuantificables, el país se ha visto comprometido a impulsar procesos de integración regional, cuya constante ha sido los problemas en su estructuración y operatividad, ha ido desplazando el ámbito de actuación de la OEA, Organización de Estados Americanos, llegando incluso nuestro país a promover la Organización de Estados Latinoamericanos y del Caribe, propuesta con un tinte ideológico y geopolítico totalmente dirigido a excluir a importantes sociales comerciales de Norteamérica.

Mientras tanto el manejo diplomático regional ha sido fuertemente criticado. Entendido como tal las funciones que cumplen los agentes diplomáticos al representar y

⁶² MARTINEZ, A, “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*”, en Revista Coloquio, Universidad del Azuay, Cuenca 2011.

proteger los intereses de su Estado así como el de sus nacionales y en general representar a éste en los aspectos: económico, cultural y científico, por lo que para su nombramiento se debe cumplir el envío del “agrément” o beneplácito así como la correspondiente presentación de las cartas credenciales; mientras que para su retiro se puede hacerlo declarando al agente como “persona no grata”, o por revocación, esto es cuando se da la interrupción de las relaciones diplomáticas, situación que ha sido una constante en los últimos meses entre los estados americanos.

Lo cual sumado a los constantes decretos de “alerta máxima” entre los países, se ha traducido en una situación de tensión en el continente, las cuales han sido analizadas por los distintos Organismos Internacionales de tipo regional.

Deben ser los organismos internacionales los llamados a bajar las tensiones existentes y crear las condiciones que permitan una negociación entre iguales, respetando los principios del Derecho Internacional, y destacando la convivencia pacífica que debe existir entre los pueblos, e incorporando el criterio de búsqueda de objetivos comunes, que en este caso se traduce en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo internacional.

Mientras tanto el panorama internacional demuestra que a sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la crisis financiera, medioambiental, energética, ética y democrática, golpea las naciones del mundo, y la de idea de protección total a la dignidad humana, sobre la cual se creó la Carta no logra hasta ahora plasmarse en una defensa plena a favor de los derechos de la sociedad.

Ante los graves crímenes y atentados, estoy convencido que los gobiernos deben proteger a sus ciudadanos frente a la violencia, generando políticas diferentes de seguridad y protección, con un concepto distinto al usado por el gobierno de Bush en su “guerra contra el terror” luego del 11-S, la misma que en lugar de mejorar la situación, la empeoró con actitudes como las tomadas con los detenidos en Guantánamo, quienes aún permanecen en un limbo legal, con una degradación diaria de sus derechos fundamentales.

Lo que si no me cabe duda es que las violaciones de los Derechos Humanos, no

sólo son realizadas por los grandes Estados, sino incluso los pequeños como el caso de Cuba, donde es constante la detención de opositores al régimen durante las marchas y plantones de rechazo.

Para la Unión Europea, aún preocupa en Latinoamérica la escalada de violencia en México, el retraso de la ley de Justicia y Paz de Colombia y el caso de los presos políticos en Cuba. Mientras resulta increíble y alarma los procesos de reactivación de la pena de muerte en Guatemala y Perú, dejando de lado los compromisos que estos países adquirieron con la suscripción del Pacto de San José y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Durante los últimos años, Ecuador ha sido participe a nivel internacional de una serie de intervenciones, desde la revocatoria de la suspensión en la OEA a Cuba, la defensa democrática en el Golpe de Estado en Honduras, la rotura de relaciones diplomáticas con Colombia, la iniciativa del Yasuni-ITT, la salida de los soldados estadounidenses de la base de Manta, la concesión de Asilo al periodista australiano, Julian Assange, entre otras, que recalcan el concepto de soberanía del gobierno ecuatoriano, entendida como política internacional de respeto y cooperación internacional.

3. Elementos del neoconstitucionalismo ecuatoriano

La norma fundamental para ser considerada como tal, debe encargarse de regular la organización del Estado, las relaciones entre los miembros de la sociedad y el Estado, así como establece pautas para el correcto ejercicio de la creación normativa y la catalogación de valores y principios constitucionales que impregnarán en todo el ordenamiento unas características y fines de consecución de un determinado modelo de Estado.

3.1. El bloque de constitucionalidad y su importancia para los Derechos Humanos.

3.2. Análisis doctrinario e histórico.

El bloque de constitucionalidad es una institución jurídica de origen francés, la cual no fue creada por la Asamblea ni por el Poder Judicial de Francia, sino que se la atribuye al doctrinario, Louis Favoreau, quien en 1971 en un trabajo académico la utiliza para explicar la decisión D-44 del Consejo Constitucional francés, la cual innovaba con la declaratoria de inconstitucionalidad la cual debía ser analizada al amparo de lo que señala la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁶³.

La Constitución ecuatoriana señala en sus artículos 417 y 424 que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución, de igual forma se señala la inmediata y directa aplicación de aquellos instrumentos jurídicos internacionales de derechos. Por lo que nos encontramos conforme lo señala doctrina frente a un “monismo moderado”, en el cual se da un trato similar al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional, situación que en el marco de la doctrina se denomina, el bloque de constitucionalidad⁶⁴.

⁶³ E. CARPIO, “*El bloque de constitucionalidad y procedimiento de inconstitucionalidad de las leyes*”, Universidad Nacional de San Cristobal de Huamanga (2004), p. 79, en particular pp. 79-112

⁶⁴ E. REY, “*El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos*”

3.3. Su repercusión en el neoconstitucionalismo latinoamericano.

Si recurrimos al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, merece la pena citar las opiniones de la Corte, la cual en su Opinión Consultiva OC-2/82⁶⁵, en su párrafo 29 establece el criterio de que “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Así también se indica que los tratados internacionales sobre derecho humanos se inspiran en valores comunes superiores, como es el caso de nuestra sentencia en la cual el Juez aplica el bloque de constitucionalidad respecto de la Convención de los Derechos del Niño. Frente a esto es necesario aplicar lo que dice la Corte IDH, en el Caso del Tribunal Constitucional contra Perú, sentencia de 24 de septiembre de 1999, la cual establece que todos los instrumentos jurídicos internacionales están “dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tiene una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados...”.

Para el magistrado ponente colombiano, Dr. Alejandro Martínez Caballero, el bloque de constitucionalidad está compuesto por “... aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes...”, sin embargo, la jurisprudencia señala que también debe ser visto como parámetro del amparo constitucional aplicando el principio pro homine, a fin de amparar sus derechos fundamentales⁶⁶. Para ello aplica los principios de: Pacta sundservanda, buena fe y iuscogens.

Luis Fajardo en sus investigaciones sobre el tema en Colombia cita a Mónica Arango, quien sostiene que en la jurisprudencia de dicho país se ha realizado un aporte al distinguir entre bloque de constitucionalidad en sentido “strictu” y “lato”;

humanos”, Estudios Constitucionales (2006), p. 299, en particular pp. 299-334

⁶⁵ Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, sobre el efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), solicitada por la CIDH

⁶⁶E, REY, *op. cit.* p. 299, en particular pp. 299-334.

diferenciando así aquellos tratados internacionales de derechos humanos que se sumaban como fuentes materiales al texto Constitucional (principios y normas de valor constitucional) de aquellas “... que se adherían como fuente de interpretación de las normas constitucionales... compuesto el bloque en sentido “lato” por todas aquellas normas, de diversa jerarquía (más que ley ordinaria), que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación...⁶⁷”.

Ya en 1995 la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia C-578, señalaba que “es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración”⁶⁸. Por lo que es importante definir la finalidad que debe cumplir el bloque de constitucionalidad. En la doctrina se han ofrecido varias opciones. Destaca N. Bobbio, para el que existen cuatro finalidades:

“i) Regla de interpretación respecto de las dudas que pueda suscitarse al momento de su aplicación; ii) La de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) La de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) La de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”⁶⁹.

En el caso de México, el primer antecedente que se tiene de esta figura de Bloque constitucional, se encuentra sustentada en una tesis de jurisprudencia que pronunció la Suprema Corte de Justicia en materia electoral. (JURISPRUDENCIA: 2007: 1641) Sin embargo, no ha cobrado fuerza el concepto de Bloque de constitucionalidad en ninguna materia, incluyendo la materia de derechos humanos⁷⁰.

En la Constitución ecuatoriana, la integración del bloque de constitucionalidad viene dada en el articulado redactado por el Constituyente de Montecristi que señaló en los artículos 11 numeral tercero, 417, segundo inciso, 426 y 436 numeral quinto. Aquí

⁶⁷ L. FAJARDO, “*Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia*”, Universidad Sergio Arboleda (2007), p. 15, en particular pp. 15-34

⁶⁸ R, UPRIMY, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, Universidad Nacional de Colombia (2005), p. 18, en particular pp. 18-33.

⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-067 de febrero 4 de 2003

⁷⁰ A MORALES, J CADET, “*La incorporación del concepto de bloque de Constitucionalidad en materia de Derechos Humanos en México*”, Revista Prolegómeno, Derechos y Valores (2011), p. 135, en particular pp. 135-146.

se configura la interacción que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, donde los segundos se encuentran al mismo nivel de la norma constitucional.

4. Los Derechos de la Naturaleza

En el texto de la Constitución del Ecuador del 2008 a más de las innovaciones respecto al catálogo de derechos y en temas orgánicos, se adquirió un inmenso compromiso con la defensa de la Madre Tierra o Pacha Mama, a la cual se le otorga derechos, retirando aquella concepción de objeto y convirtiéndola en titular de los mismos a la naturaleza; situación que generó un amplio debate pero que cuatro años después de su promulgación las conclusiones de esas discusiones son positivas respecto al rol que tiene que jugar el Estado, la sociedad y el individuo de manera conjunta con la naturaleza.

En el plano internacional la discusión acerca de la protección del Medio Ambiente inicia en la década de los sesenta, para lo cual se generó un conjunto de normas generales y principios especiales tendientes a la protección de la naturaleza, visto como un elemento natural en el cual desarrolla sus actividades el ser humano y que fueron contenidas en el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Los factores que llevaron a esta regulación de carácter internacional fueron los efectos que se producían a consecuencia de la explosión demográfica, la falta de recursos naturales para cubrir las necesidades de millones de ciudadanos, así como una incertidumbre respecto a una guerra atómica, para lo cual fue necesario diseñar un esquema que permita un equilibrio entre el desarrollo de los pueblos y la naturaleza.

Pese a ello una característica permanente en el ámbito internacional es que son pocos los tratados internacionales sobre el medioambiente que establecen mecanismos suficientes para la protección directa de la naturaleza, sin embargo, dentro del Derecho Internacional Público del Medio Ambiente se ha realizado una gran contribución y desarrollo de conceptos a través del *soft law*, con un sin número de declaraciones, cartas

de intención, así como comunicaciones conjuntas de política exterior.

Uno de los mayores avances alcanzados dentro de esta rama del derecho en el plano internacional no se limita a la toma de conciencia por parte de los Estados respecto a la protección del medio ambiente, sino que el marco jurídico internacional ha tenido un peso determinante en el desarrollo normativo de los países , ya que estos han incluido dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, principios y reglas de respeto por el medioambiente, haciendo que la protección por la naturaleza sea integral, tanto en el ámbito interno y externo.

En Ecuador con la expedición del texto constitucional en el año 2008, se realiza un importante cambio en el paradigma del Estado de Derecho, de igual manera la incorporación de la naturaleza como titular de derechos no es una casualidad y peor aún una falta de previsión por parte del constituyente o desconocimiento del derecho, sino que por el contrario se establece como una respuesta frente a una corriente neoconstitucionalista iniciada en la década de los noventa con la Constitución de Colombia y Brasil donde ya se establecieron protecciones necesarias al medio ambiente. De la misma forma ya en la Constitución Ecuatoriana de 1998, aquella protección se vio plasmada a través del derecho al medioambiente sano, el cual en ese entonces era tomado como un derecho de cuarta generación según la doctrina.

El cambio sustancial se da con las Constituciones de Venezuela y de Bolivia que se aventuran en un desarrollo distinto respecto de la Naturaleza y el Derecho, culminando en una concepción en la cual se deja de pensar que los derechos son atributos de los individuos, es ahí donde encaja el desarrollo constitucional ecuatoriano en el cual se establece tanto “...el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza...” , sin embargo, lo que realmente resultó innovador como contribución del constituyente fue el hecho de que la naturaleza tenga el “...derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos...” , del mismo modo una concepción de remediación al regular el aspecto

del derecho que tiene la naturaleza a la restauración en caso de impactos ambientales graves y permanentes.

El debate que genera esta posición se da debido a que aún lo miramos desde la concepción clásica del derecho con un sesgo occidental en el cual los recursos naturales son considerados desde el punto de vista de propiedad, mientras que el planteamiento actual ofrece un reconocimiento a la cosmovisión de los pueblos originarios en la cual la naturaleza no es considerada como un sujeto de apropiación y explotación.

Sin embargo, este cambio de fondo que marca a la nueva concepción de Estado viene acompañado del mismo modo de un modelo económico que debe encontrar coherencia en estas definiciones, que permita que el desarrollo de la sociedad vaya de la mano del respeto a la naturaleza, de un concepto de soberanía alimentaria que debe ser aplicado y entendido a través de la implementación de políticas públicas de apropiación y explotación sustentable y sostenida de la tierra, la conservación y manejo sustentable de la diversidad, así como de un respeto al derecho fundamental al agua que ha sido reconocido tanto en instrumentos internacionales así como en la propia Constitución.

La conjunción de estos elementos son aquellos que llevan a entender de una manera adecuada al *sumak kawsay* o buen vivir, aspiración que tienen los pueblos alrededor del mundo y que se traduce en la búsqueda de la felicidad y el desarrollo de manera armónica con la naturaleza.

4.1. Debate doctrinal.

Si bien es cierto la vida de la Constitución del Ecuador podría decirse que es joven pues apenas cumple los 4 años desde que fue aprobada en referéndum por el pueblo soberano, no se puede desconocer que uno de los factores que más disputa ha generado es efectivamente el convertir a la Naturaleza como Sujeto Derechos.

No olvidemos que desde una visión cien por ciento positivista y civilista, el

considerar sujeto de derechos implica el arrogar derechos y obligaciones a su titular. En este contexto lo tradicional ha sido considerar de manera exclusiva a la persona con estas características.

... el status de la persona para ser titular de derechos se desprende de una norma jurídica...El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. La teoría del derecho subjetivo se aplica tanto para las relaciones horizontales entre particulares y para las relaciones verticales, entre particulares y el Estado...⁷¹

De esta manera los juristas cuya visión clásica se apega a la teoría referida en el párrafo precedente consideran realmente una aberración jurídica el hecho de dotar de derechos a la naturaleza, mientras que otros la califican de extravagancia constitucional o folclore jurídico.

Es importante analizar las razones por las cuales a justificación del constituyente ecuatoriano del 2008 es momento de dejar atrás la concepción clásica de tomar a la naturaleza simplemente como un objeto de explotación en beneficio del ser humano y transformar el concepto y pensar en un sujeto de derechos con valores intrínsecos.

Para el primer presidente de la Asamblea Constituyente del 2008, Alberto Acosta, la incorporación que hace la norma básica ecuatoriana sin duda rompe con los paradigmas tradicionales de occidente y deja que sea el Ecuador el primer país en el mundo en otorgar este derecho a la naturaleza.

Dentro del análisis doctrinario y filosófico es necesario entender que se anhela un equilibrio entre los derechos de las personas y de las colectividades, intenta del mismo modo desterrar aquel modelo extractivista y depredador.

Además se deslinda el concepto de entender a la naturaleza simplemente como proveedora de recursos y de concepto de propiedad, y se transforma en el concepto de

⁷¹ R. ÁVILA, *op. cit.*, p. 405.

“democracia de la tierra”⁷², la cual busca sobre todo el respeto de los ciclos vitales y el ejercicio de los derechos humanos en armonía con la Tierra.

Ahora bien, el reconocer los Derechos de la Naturaleza en la Constitución del Ecuador nacen como una reivindicación de los derechos de los pueblos originarios quienes en su vida diaria anhelan alcanzar el *sumak kawsay*, aquella vida armoniosa con la naturaleza.

Por otro lado a criterio de la líder indígena y vocal de la Corte Constitucional del Ecuador, Nina Pacari, realiza un interesante estudio acerca de la diferencia en la cosmovisión entre la sociedad occidental y los pueblos originarios.

Ya que si bien es cierto dentro de nuestra sociedad la primera duda que nos surge es quién ejerce los derechos de la naturaleza, pues ésta a diferencia del ser humano no la puede hacer directamente, para Pacari la situación con los pueblos indígenas es totalmente distinta pues “...el hecho de ser pueblo originario o ancestral no está supeditado a la voluntad personal o espontánea de querer ser Kichwa, Shwar, Aymara o Kolla... la forma de producir conocimiento, ha desarrollado la noción relativa al sujeto colectivo de derechos.”⁷³

Del mismo modo en la sociedad occidental la noción de tierra es el planeta donde habitamos, mientras que para los pueblos indígenas se entiende como *allpa-mama*, lo cual significa madre tierra. “Primero, hay que una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de la vida y producción...”⁷⁴.

Con esto logramos entender que el hecho de que en la Constitución del Ecuador, la naturaleza sea Sujeto de Derechos obedece a un cambio en la visión, viéndola ahora a

⁷² Alberto Acosta, primer presidente de la Asamblea Constituyente del 2008 fue quien impulsó el elevar a sujeto de derechos a la Naturaleza, tomando ideas de Eduardo Galeano, Eduardo Gudyas y el argentino Zafaroni.

⁷³ N. PACARI, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en: A. M. ACOSTA, *Derechos de la Naturaleza*. El futuro es ahora, Quito 2009, p. 31, en particular pp. 31-50

⁷⁴PACARI, loc. Cit, p. 34.

la tierra como parte del ser humano, a la cual se le debe guardar respeto, es por ello que será común escuchar hablar de madre naturaleza y es primordial del Estado asegurar su existencia y mantener sus ciclos evolutivos.

La tesis de los derechos de la Naturaleza dista mucho de ser unánime. Todo lo contrario: ha encontrado fuertes defensores pero también duros contrincantes. Desde hace pocos años, viene creciendo una conciencia acerca de la interdependencia entre todos los seres vivos, entre éstos y la Tierra, conciencia que clama por el reconocimiento de derechos no sólo humanos sino también de la naturaleza. Esta tesis ha encontrado fervientes defensores en Alemania y en Suiza⁷⁵.

Para quienes cuestionan la propuesta que se plantea desde la Constitución del Ecuador, los cuales sobre todo son grupos de oposición al interior del país ya que el análisis técnico jurídico aún no ha trascendido a la región, explican que si bien es cierto esta tesis expresa un dogma interesante aunque folclórico sobre la “Pachamama”, llama la atención que a la Naturaleza como Sujeto de Derecho solamente se le establezcan Derechos y no Deberes.

La propuesta no deja de sorprender al invitarnos a cambiar nuestra visión desde el cambio mismo de paradigma de derechos exclusivos de propiedad a uno en la cual la Naturaleza tiene derecho, no debemos olvidarnos que los grandes cambios jurídicos que revolucionaron al mundo fueron realizados justamente en base a pequeñas consecuencias a través de normas, sin embargo, como lo explica Eugenio Zafaroni la gran diferencia del caso ecuatoriano es que ahora se lo hace a nivel constitucional como derecho fundamental⁷⁶.

4.2. Alcance y repercusión en un nuevo paradigma constitucional

Conforme lo establece la Constitución del Ecuador, todos los seres humanos tenemos la obligación de respetar la Naturaleza, al ser esta titular de derecho.

⁷⁵ B. CARTAY, “La naturaleza: objeto o sujeto de derecho”, en: C. ESPINOZA, *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito 2011, en particular pp. 245-261

⁷⁶ E. ZAFARONI, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”, en: L. ÁVILA, *Política, justicia y Constitución*, Quito 2011, p. 328

No es fuera de contexto que la propuesta del constituyente ecuatoriano se la realice en pleno Siglo XXI donde a nivel local e internacional más se lucha por la conservación y restauración de los territorios donde con un modelo extractivista y de consumo se han arrasado bosques y agotado los recursos sin una oportunidad de recuperación.

La plurinacionalidad, el *sumak kawsay* los derechos de la *pachamama* son tres pilares sobre los que se sustenta el nuevo cambio paradigmático... Todos los principios y postulados del régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo no podrán ser una realidad si el gobierno sigue apostando al modelo extractivista⁷⁷.

En el texto constitucional ecuatoriano encontramos las referencias sobre esta polémica visión de lo jurídico en el Capítulo Primero de los principios de aplicación de los derechos, donde se hace una referencia especial en su Art. 10: "... la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución."

Además en el Capítulo Séptimo este apartado se dedica de manera exclusiva a los Derechos de la Naturaleza, de esta manera incluso en el Art. 71 se llega a utilizar el término *kichwa*⁷⁸ "Pachamama" o madre tierra, dando una definición y de la cual exige el respeto de su existencia. Así también le otorga la posibilidad que de manera individual o colectiva los ciudadanos o los pueblos puedan proponer ante la autoridad pública el cumplimiento de los derechos a favor de la naturaleza.

Mientras que en el Art. 72 se realiza una incorporación de concepto de reparación y restauración en caso de que los sistemas naturales se vean afectados. De nuevo será el Estado el encargo de exigir tal reparación ya sea de personas naturales o jurídicas así como de establecer las medidas más convenientes para solucionar los problemas ambientales que se generen.

⁷⁷ R. ÁVILA, *op. cit.*, p. 254.

⁷⁸ La Constitución reconoce al castellano como idioma oficial del Ecuador; el castellano, el *kichwa* y el *shuar* son idiomas oficiales de relación intercultural.

Claro está que la Constitución no podía quedarse simplemente en las consecuencias, razón por la cual en el Art. 73 se deja establecida la obligación del Estado de generar políticas públicas que eviten la extinción de especies o la destrucción de ecosistemas. Por lo que el papel de no será de reparación sino de prevención.

Otras de las interesantes incorporaciones que establece la norma fundamental ecuatoriana es en su Art. 83 al establecer como responsabilidad de los ciudadanos el respetar los Derechos de la Naturaleza, y obliga a un uso responsable de los recursos naturales, con características de sustentabilidad y sostenibilidad.

Y por último de manera transversal se establece la importancia del derecho al agua así como su prohibición de privatización en cualquier forma, mientras que en el manejo de su política exterior y suscripción de tratados internacionales no se pueden suscribir aquellos convenios que “... menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza”, de conformidad al Art. 403 de la Constitución.

Capítulo III

Análisis jurisprudencial: Derecho de la Naturaleza

1. Jurisprudencia sobre derechos de la Naturaleza

1.1. Introducción

Es necesario para realizar una correcta aplicación de los criterios desarrollados en los primeros capítulos, tomar un caso práctico de la jurisprudencia ecuatoriana y que nos permita tener una visión más clara sobre si efectivamente se cumple o no con la nueva visión que trae el paradigma constitucional.

Para lo cual se ha escogido una resolución judicial⁷⁹ dentro de un proceso de acción de protección planteado por un grupo de particulares en la provincia de Loja, por supuesta violación de los derechos de la naturaleza por parte de un ente estatal (Gobierno Provincial).

Se ha escogido esta resolución de la Corte Provincial de Loja, ya que a través de la misma se intentará demostrar el criterio de aplicación pro derechos humanos que tienen en la actualidad los jueces basados en el neoconstitucionalismo que hemos venido explicando y sobre todo como el paradigma constitucional ha influido de tal manera que aquellas visiones cerradas y dogmáticas donde se veía a la Naturaleza como un simple objeto han cambiado totalmente.

Además conforme se demostrará en el análisis la acción de protección que se plantea es a favor de un río, no de una persona o un sujeto tradicional de derechos sino de esta nueva incorporación del paradigma neoconstitucional.

Cabe anotar que la sentencia revoca una venida en grado por parte del Juzgado Tercero de lo Civil en la ciudad de Loja, capital de la provincia de Loja, región del sur del país.

1.2. Descripción de los hechos.

La acción de protección se presenta ante el Juzgado Tercero de lo Civil de Loja en diciembre de 2010, y es resuelto en última instancia por la Sala de lo Penal actuando como Jueces Constitucionales el 30 de marzo de 2011.

Dentro del proceso se encuentra que los Actores, señores Rícharð Fredrick Wheeler y la señora Eleanor Geer Huddle, en aplicación del principios de jurisdicción universal⁸⁰,

⁷⁹ Acción de Protección No. 010-2011. Sala de lo Penal de Loja, Corte Provincial de Justicia. Disponible a través de <http://www.funcionjudicial-loja.gob.ec/>

⁸⁰ Dentro del Derecho Internacional debemos entender a este principio como aquel que permite a los

entendemos que lo hacían en representación de la naturaleza conforme lo señala la Constitución del Ecuador que en su Art. 71 en la parte pertinente señala “...Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza...” por lo que en el presente caso plantea esta acción constitucional para evitar la violación de los derechos sobre el **río Vilcabamba** en contra del Gobierno Provincial⁸¹ de Loja.

Cabe indicar que en el caso ecuatoriano la acción que se utiliza para proteger los derechos de la naturaleza no se trata de un típico caso de jurisdicción universal, sino al contrario se trata de una “acción popular” ya que para reclamar los derechos de la naturaleza no hace falta ser la víctima, sino como es lógico que la naturaleza no puede ejercer sus derechos la puede realizar cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos tengan o no tengan interés directo. Es este el elemento clave que se incluye en el texto constitucional del Ecuador, convirtiéndole en un instrumento vivo a la “acción popular”.

Los hechos que se le imputan al ente público (Gobierno Provincial) son que durante varios años ha depositado en el río indicado grandes cantidades de material de excavación (piedras, basura y árboles) los cuales salieron de la construcción de la carretera Vilcabamba-Quinara, la cual se realizaba sin los permisos ambientales correspondientes.

En años anteriores éstas situaciones durante la época de invierno, al tener mayor caudal el río arrastró todo este material aguas abajo provocando daños sobre un sin número de terrenos y afectando de manera especial cerca de una hectárea y media de los terrenos de los accionantes.

Sin embargo, a inicios del mes de diciembre de 2010, nuevamente el Consejo Provincial dentro del proceso de ampliación de la carretera de Vilcabamba, continuó depositando desechos de construcción en el lecho del río del mismo nombre, sin que hasta dicha fecha se contasen con las licencias ambientales correspondientes.

Estados iniciar procesos penales sobre ciertos crímenes independientemente de la nacionalidad de la víctima y sin importar el lugar donde hayan sido cometidos, con el propósito de buscar un restablecimiento del daño ocasionado por la gravedad del hecho.

⁸¹ Según el Art.252 de la Constitución: “Cada provincia tendrá un consejo provincial con sede en su capital, que estará integrado por una prefecta o prefecto y una viceprefecta o viceprefecto elegidos por votación popular; por alcaldesas o alcaldes, o concejales o concejales en representación de los cantones; y por representantes elegidos de entre quienes presidan las juntas parroquiales rurales, de acuerdo con la ley elegida por votación popular en binomio con la prefecta o prefecto.

De manera sorprendente la Jueza que conoce el caso en primera instancia, en lugar de realizar un **pronunciamiento sobre el fondo** y discutir si efectivamente se habían violentado los Derechos de la Naturaleza, se escuda en meras formalidades y declara sin lugar la acción constitucional alegando falta de legitimación, ya que no se había citado al Procurador Síndico⁸² del Gobierno Provincial de Loja.

Posteriormente se apela dicha sentencia y la misma sube a ser conocida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, lo cual es analizado en el siguiente apartado.

⁸² En el derecho ecuatoriano la norma que regula todos los aspectos referentes a los Gobiernos Autónomos Descentralizados es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su Artículo 50 señala las atribuciones del prefecto, máxima autoridad del gobierno provincial y dice: “Ejercer la representación legal del gobierno autónomo descentralizado provincial. La re-presentación judicial la ejercerá conjuntamente con el procurador síndico”.

1.3. Planteamiento del problema jurídico.

Dentro del análisis del problema jurídico se presentarán algunos puntos de discusión y se profundizarán en aquellos relativos a la protección de los derechos humanos y en la repercusión de la tendencia neoconstitucionalista en la justicia ecuatoriana.

Cuando el proceso sube a la Corte Provincial esta se pronuncia respecto a la legitimación de la causa, es decir si era necesario que se cite al Procurador Síndico, y señala que para solucionar el conflicto que se pudiese a llegar a presentar entre la postura clásica y la moderna, la primera que indica que la legitimación nace de la relación sustancial, mientras que la segunda explica que la legitimación existe por el simple hecho de afirmar dicha titularidad, los jueces indican que “están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia”, y que en el presente caso la sentencia en nada afectaría u obligaría al Procurador Síndico por el hecho de no haberlo citado, con lo cual es claro que los jueces de la Sala privilegian la discusión del problema de fondo y dejan de lado los formalismo, en pro de la defensa de un interés superior como es la Naturaleza.

Por otro lado se señala que dada la importancia que tiene la Naturaleza y la protección que la Constitución le brinda, y ya que es evidente que existe un daño irreparable, real y directo en su contra la vía de la Acción de Protección⁸³ Constitucional es la vía válida para poner fin y remediar el daño ambiental provocado.

Al respecto es necesario indicar que esta acción se encuentra regulada de manera pormenorizada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en su Art. 40 señala los requisitos que deben existir para que una acción de este tipo opere:

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

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

⁸³ Para el jurista ecuatoriano Juan Larrea Olguín la Acción de Protección “surge a la vida jurídica como una reacción contra el abuso de poder. Es el escudo jurídico del débil contra el fuerte, del que carece de poder contra el que posee y abusa de él. Es un instrumento jurídico creado por el Estado moderno para controlar el ejercicio abusivo del poder”.

Con lo cual los jueces de la sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja en su actuación como jueces constitucionales señalan que aquello que busca la acción de protección es realizar una protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales, con lo cual discuten que no solo hace falta que se realice un pronunciamiento sobre las posibles reparaciones o parar las violaciones que se estén realizando en contra de la naturaleza, sino por el contrario se debe incluso apuntar a la probabilidad que esto ocurra, por lo que se aplica una función preventiva del posible daño.

Los jueces así también critican la actuación de la juez que viene en grado pues a su criterio en procesos donde se encuentra discutiendo la violación de derechos fundamentales no se puede simplemente inhibirse del caso argumentando excepciones procesales.

Ya en el asunto de fondo se realiza una correcta aplicación del Art. 397 de la Constitución respecto a la inversión en la carga de la prueba en contra del demandado. “...La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.”, en el caso que nos ocupa a criterio de los jueces correspondía al Gobierno Provincial de Loja presentar las pruebas suficientes en las cuales demuestren que la apertura de la vía y el posterior depósito de materiales de construcción en nada alteraban el ecosistema o podían producir daño ambiental grave. Sin embargo, del proceso se desprende que la institución en lugar de realizar lo que prevé la norma constitucional, prefirió basar su defensa en la falta de presentación de pruebas que si demuestren el daño ambiental por parte de los accionantes, lo cual a todas luces constituyó un grave error.

Es interesante como los jueces se salen del análisis interno y hacen un examen comparado con la legislación brasileira, chilena, colombiana, alemana y costarricense, respecto a la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

Del proceso además se resalta que fue el propio Ministerio del Ambiente del Ecuador, el cual tiene competencia nacional el que con fecha 10 de mayo de 2010 ofició al Gobierno Provincial de Loja indicándole que luego de la inspección realizada al sector donde se construye la carretera entre Vilcabama y Quinara se pudo detectar los daños ambientales en la parte baja del río Vilcabamba debido al depósito de material de construcción lo cual había provocado taponamientos e inundaciones el período invernal,

lo cual ocasionó perjuicios a los accionantes.

Además entre las medidas que se les exigen están las de presentar un Plan de Remediación y Rehabilitación de la zona afectada así como el obtener los permisos ambientales otorgados por la autoridad ambiental para la construcción de la carretera. Los jueces califican de “aberrante” el hecho de que siendo el Gobierno Provincial de Loja autoridad ambiental en la materia, haya incumplido con su obligación de proteger el medio ambiente y concededores de los procesos previos que debían iniciar hayan realizado la construcción de la vía.

Por último en los alegatos del demandado se esgrimían que esta situación se encontraba en una contraposición de derechos constitucionales, pues por un lado se encontraban los derechos de la naturaleza y por otro lado los intereses legítimos de las poblaciones de Quinara y Vilcabamba los cuales eran beneficiarios de la vía en construcción. Frente a esto los miembros de la sala actuando como jueces constitucionales realizan una correcta argumentación y señalan que si bien es cierto el papel del juez es interpretar en caso que exista conflicto entre dos intereses protegidos constitucionalmente y que deberían ser ponderados, en el presente caso dicha colisión no se presenta, pues en ningún momento existe negativa respecto a la ampliación de la vía, sino que para que dicha obra se realiza se deben respetar y proteger los derechos constitucionales de la Naturaleza.

1.4. Discusión sobre la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el Neoconstitucionalismo Ecuatoriano y Reparación.

Conforme lo señala el Art. 426 de la Constitución del Ecuador, tanto los jueces así como las autoridades administrativas están obligadas a aplicar en sus actuaciones de manera directa tanto las normas constitucionales así como los tratados internacionales de derechos humanos. Siempre y cuando estas normas tengan un rango de cobertura de derechos mayor que la establecida en la Carta Magna.

Como bien nos habíamos referido en el análisis de los Derechos de la Naturaleza, la regulación que ofrece el ordenamiento ecuatoriano marca un punto de inicio en esta nueva corriente y paradigma con lo cual la norma interna ha desarrollado más los derechos a favor de este nuevo sujeto de derecho.

Dentro de la discusión jurídica de la sentencia analizada, llama la atención la aplicación que realiza el juez respecto del principio *iura novit curia*, el cual ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los jueces dicen "...el Juez Constitucional, en su condición de concededor del derecho y promotor e impulsor de la actuación, la obligación subsidiaria de corregir el yerro en que hayan podido incurrir los demandantes."

En el caso de la Comunidad Moiwana, de 15 de julio de 2005, la Corte IDH estableció que el Tribunal tiene la posibilidad de analizar la presunta violación de artículos de la CADH que no necesariamente fueron fundamentados en el libelo de la demanda o que consten en los autos, pues a criterio de la Corte IDH "...el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente"⁸⁴.

Deja claro en esta jurisprudencia la Corte IDH que si bien es cierto la demanda constituye un marco fáctico donde se desenvuelven las acciones, la misma no puede constituir una limitación para que el Tribunal analice hechos supervinientes o hechos notorios de conocimiento público.

Por lo que es racional y adecuada la actuación de la Sala de los Penal de la Corte Provincial de Loja, ya que si bien existieron errores en la demanda y en determinadas

⁸⁴ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124, párr. 91. Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

actuaciones las mismas fueron suplidas por el juez en aplicación del principio *iura novit curia*.

Por otro lado si bien es cierto en la parte resolutive se acepta el recurso y se declara que si existió la vulneración de los Derechos de la Naturaleza, al momento de analizar las reparaciones aún da un espacio para que sea el Consejo Provincial de Loja el que cumpla las recomendaciones del Ministerio del Ambiente, y solamente si este no cumple se podría llegar a suspender la construcción de la vía. Lo cual resulta inverosímil, ya que de la parte expositiva y argumentativa de la sentencia se concluye que los jueces reconocen el papel tutelar que debe jugar el Estado no solo reparando los daños sino previniendo, y al dejar la posibilidad de que cumpla las recomendaciones en lugar de anticiparse a los hechos y evitar que se continúe con la vulneración del derecho, se cae en un error ya que se confiará en el infractor (Consejo Provincial de Loja) que cumpla aquellas recomendaciones que nunca las acató.

Además es necesario hacer referencia a las reparaciones e indemnizaciones, por lo que es pertinente señalar la distinción que hace el catedrático Héctor Faundez al respecto si bien es cierto dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

...las reparaciones como las indemnizaciones desempeñan un papel de trascendental importancia; la indemnización a la víctima o a quien se le sucedan en sus derechos, que tiene el propósito de compensar el daño causado en una proporción equivalente, no puede excluir la adopción de otras medidas reparadoras, de carácter no pecuniario, y cuya función es dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos, y en cuanto a evitar la repetición de hechos similares⁸⁵.

Así también dentro de las medidas reparatorias los jueces mandan a que en el diario de mayor circulación local el Gobierno Provincial de Loja pida disculpas públicas por haber iniciado la construcción de la obra si la licencia ambiental correspondiente. Lo cual evidentemente busca que a través de esta vindicta de carácter público el organismo estatal reconozca su error y deje como un precedente negativo su falta de diligencia y la negligencia en el desarrollo de sus actividades.

⁸⁵ H. FAUNDEZ, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José 2004, p. 803.

1.5. Crítica a la sentencia.

Para que de una manera objetiva y vista desde la técnica jurídica y la protección de los derechos merece la pena realizar la crítica de la sentencia enfocando los siguientes aspectos: El correcto establecimiento de los hechos y su calificación jurídica. Si existió o no la determinación de la responsabilidad estatal. Así como si se discute la garantía del derecho vulnerado y si se aplico de manera correcta el deber de reparar e indemnizar, y por último si se estableció realmente la obligación de investigar los hechos y sancionar⁸⁶.

Dentro de la narración de los hechos los jueces se limitan a reproducir lo constante en la demanda y no agregan ningún elemento adicional que podría constituir un factor determinante para el análisis de fondo del asunto.

Por otro lado se nota claramente como desde la Sala de lo Penal si bien es cierto conforme lo establece la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 7 señala que “Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos...” para conocer acciones de garantías jurisdiccionales, es decir que estos se convierten en jueces constitucionales. Aún en la discusión de la calificación jurídica se entrampan en asuntos de mero trámite como en este caso la legitimación en la causa, esquivando los asuntos de fondo sobre la supuesta vulneración de los Derechos de la Naturaleza.

Ya en el tema de fondo de la cuestión, al referirnos a la discusión de la garantía del derecho vulnerado, en esto caso la afectación de los derechos del río Vilcabamba los jueces intentan contextualizar la situación pero al momento de realizar un proceso técnico de argumentación jurídica se limitan a realizar citas bibliográficas de actores políticos del país, ya que se reproduce todo el numeral octavo que se debería destinar a la calificación y análisis del derecho presuntamente violado a copiar declaraciones y textos del ex Presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador, Eco. Alberto Acosta. Que si bien plantean aspectos relativos a la protección del medioambiente y a una nueva visión, los jueces no realizan de manera correcta su actuación pues no discuten el fondo.

Lo cual ciertamente preocupa pues como se había comentado ya en el capítulo anterior muchos hablaban de un folclor jurídico el hecho de otorgar los derechos la

⁸⁶ H. FAUNDEZ, *op. cit.* p. 83, en particular pp. 83-85.

Naturaleza, en lugar de que los jueces se involucren y desarrollen los contenidos de los derechos en sus jurisprudencias para que las mismas pasen a formar parte de aquellas selectas de la Corte Constitucional que se establecerán como de referente, aún no se empoderan de las ideas y postulados de la Constitución y sus contenidos neoconstitucionales.

Por último se establece la responsabilidad de que el Gobierno Provincial de Loja es responsable por contaminación ambiental del río Vilcabamba y consecuente violación de los Derechos de la Naturaleza pero al momento de reparar los miembros de la Sala de lo Penal no establecen una justa indemnización a favor de los actores así como medidas que compensen el daño ambiental causado. Además lo que preocupa es que si se establece la responsabilidad al Estado pero no se dice nada respecto de los funcionarios responsables de ejecutar los actos, lo cual es necesario buscar y sancionar a los responsables que a través de la ejecución de las obras causaron los perjuicios, ya que nada se dice del representante judicial del Consejo, es decir del Prefecto o de sus funcionarios de obras públicas.

Con lo cual la sentencia constituye un hito y un avance al tutelar los derechos de la naturaleza pero del análisis realizado se encuentran múltiples errores de técnica jurídica y de argumentación, los cuales deben ser superados por los jueces pues caso contrario la tutela de los derechos fundamentales de los individuos corren serios riesgos.

CONCLUSIONES

Una vez culminada con la presente investigación es necesario realizar la correspondiente valoración respecto a si el objetivo principal de la misma se pudo satisfacer con el trabajo, así como realizar las críticas y comentarios al respecto.

Del objetivo planteado los principales aspectos a tenerse en cuenta era comprobar la eficacia que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los países latinoamericanos, para lo cual cuál se tomaron ordenamientos jurídicos emblemáticos como son el colombiano, mexicano y argentino, que más influencia han tenido en la región, por su parte se pudo explicar tanto desde el punto de vista doctrinal así como a través de la jurisprudencia la manera en la cuál el denominado “paradigma constitucional latinoamericano” ha permitido la implementación de instrumentos internacionales en el respeto y garantía de los Derechos Humanos especialmente en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Dentro de las reflexiones finales es necesario tener en cuenta que en el actual modelo ecuatoriano, de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se toman algunas instituciones del constitucionalismo los cuáles se desarrollan en el amplio catálogo de derechos de nuestro texto fundamental, además es claro el enfoque garantista que se hace tanto en la parte dogmática como orgánica, sin embargo, queda demostrado que en algunas judicaturas a lo largo del país los mismos solamente quedan como postulados dentro del proceso de administración de justicia.

Además tanto en el caso analizado como en otros más, es evidente que los jueces privilegian todavía un modelo positivista, reglamentarista basado en formalidades y evaden el pronunciamiento sobre asuntos de fondo, con lo cual se deja en riesgo la tutela de los derechos por la simple aplicación de protocolos caducos y en ocasiones que son producto de la repetición de servidores judiciales que no ven las particularidades en todos los procesos; claro está que la responsabilidad no queda solo en quienes administran justicia y en quienes la soportan, sino también en la recién creada Escuela Judicial, así como Universidades y Facultades de Derecho que deben ofrecer cursos de actualización y procurar mantener a los servidores debidamente capacitados y formados frente a una responsabilidad tan grande como es el de tutelar un derecho.

Por otro lado resulta provechoso, innovador y progresivo el planteamiento que hace la Constitución del 2008 respecto a la posibilidad de aplicación directa e inmediata de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, situación que permite a quien se sienta lesionado o violentado frente a una actuación del Estado o de un particular, aplicar directamente aquellos acuerdos internacionales, con lo cual vemos una coherencia en el planteamiento que se hace doctrinalmente respecto del bloque de constitucionalidad, con consecuencias positivas como son dar mayor contenido y avanzar y ser progresivo en la aplicación de los Derechos. Claro está que aquí de nuevo la crítica es que tanto jueces y demás servidores tengan una actualización necesaria en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

Por último, y ya de manera específica con el caso de jurisprudencia que se encuentra en el último capítulo, respecto a los Derechos de la Naturaleza del río Vilcabamba, si bien es cierto ya se ven sentencias en las cuáles se tutelan nuevos derechos, el contenido de las resoluciones y la forma como se le da contenido a las mismas aún deja mucho que desear, tanto por su redacción, planteamiento de su problema jurídico, la normativa utilizada para justificar su fallo, pero sobre todo respecto a la manera como los jueces realizan su proceso de argumentación, pese a ello dicha sentencia no deja de ser referente importante, es un primer escalón que permite ver una luz más allá, aquella posibilidad que los jueces sin importar la instancia en la que se encuentren cumplan su labor de frente a los hechos y situación concreta, apliquen y justifiquen la aplicación de la norma para la plena vigencia de los derechos.

No olvidemos que en un proceso de cambio tanto la academia, gremios, función judicial, jueces, fiscales, servidores y abogados tenemos la responsabilidad de elevar el nivel de debate y sobre todo comprender a cabalidad el contenido del verdadero “paradigma constitucional” y no utilizarlo simplemente como una “etiqueta” que permita la aplicación incorrecta e incoherente, tan solo por decir que las argumentaciones o fallos son innovadores.

BIBLIOGRAFÍA

- R. ÁVILA, *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Quito 2011, p. 54, en particular pp. 54-55.
- E. BARENDT, “Freedom of Speech”, New York 1985, p 32.
- P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Bogotá 1997, p. 79, en particular pp. 79-81.
- B. CONSTANT, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Madrid 1989, p. 257, en particular, pp. 257-285.
- M. CARBONELL, *Desafíos a la Libertad en el siglo XXI*, Quito 2011, p. 77, en particular pp. 77-80.
- M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México 2011, p. 70.
- M. CARBONEL, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito 2011, p. 95.
- E. CARPIO, “*El bloque de constitucionalidad y procedimiento de inconstitucionalidad de las leyes*”, Universidad Nacional de San Cristobal de Huamanga (2004), p. 79, en particular pp. 79-112
- B. CARTAY, “La naturaleza: objeto o sujeto de derecho”, en: C. ESPINOZA, *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito 2011, en particular pp. 245-261
- J. CASTRO Y CASTRO, *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*, México D.F. 2006, p. 133
- P. CRUZ, *Escritos de Derecho Constitucional, Konrad Hesse*, Madrid 2011, p. 152, en particular, pp. 151-155.
- L. FAJARDO, “*Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia*”, Universidad Sergio Arboleda (2007), p. 15, en particular pp. 15-34
- H. FAUNDEZ, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José 2004, p. 803.

- L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid 2000, p. 135
- A. GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid 2011, p.63, en particular pp. 63-71
- R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, México DF 2001, p. 15, en particular, pp. 15-17.
- G. GUSDORF, *Les révolutions de France et d'Amérique (La violence et la sagesse)*, París 1988, p. 28 y ss.
- P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Madrid, España, 2006, p. 49, en particular, pp. 49-50.
- P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, op. cit. p. 60, en particular pp. 45-60.
- J. HENAO, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá 2003, p. 4, en particular pp. 4-5.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José 2008, p. 22-23.
- H.KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid 2011, p. 88, en particular pp. 88-89
- I. LIFANTE, *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima 2010, p. 17.
- MARGAROLI, J, y MACULAN, S, *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires. p.10
- A. MARTINEZ, *Clases de Derecho Internacional Público*, Cuenca 2012.
- A. MARTINEZ, “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*”, en Revista Coloquio, Universidad del Azuay, Cuenca 2011
- M. MONROY, *Ensayos de teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Bogotá 2007, p. 242, en particular pp. 238-243.
- A MORALES, J CADET, “*La incorporación del concepto de bloque de Constitucionalidad en materia de Derechos Humanos en México*”, Revista Prolegómeno, Derechos y Valores (2011), p. 135, en particular pp. 135-146.

- A. NAVAS CASTILLO y F. NAVAS CASTILLO, “El Estado Constitucional”, Madrid 2009, p. 109, en particular, pp. 106-109. Referencia a cita de TORRES DE MORAL.
- C. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires 2005, p. 715.
- G. OSTRANDER, *The Rights of man in America, 1606-1861*, Columbia 1969, pp. 70-97.
- N. PACARI, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en: A. M. ACOSTA, *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito 2009, p. 31, en particular pp. 31-50
- J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Interancional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 2010, p. 168.
- G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derecho Fundamentales*, Madrid 2004, p 99
- G. PECES-BARBA y Otros, loc. Cit. p 15. Artículo de Rafael Asís de Roig y otros. p 104.
- G. PECES-BARBA, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid 1993, p 113-114.
- J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional, duodécima edición*, Madrid 2010, p. 191, en particular, pp. 191-195.
- G. PISARRELLO, *Un largo termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito 2011, p. 151, en particular pp. 151-152.
- E. REY, “*El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos*”, Estudios Constitucionales (2006), p. 299, en particular pp. 299-334
- J. TRIVIÑO, “*Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano*” Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2007), p. 667, en particular pp. 667-684.
- R. UPRIMY, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, Universidad Nacional de Colombia (2005), p. 18, en particular pp. 18-33.
- R. UPRIMNY, “*Reflexiones sobre Constitución, economía y justifica constitucional*”, en: D. MARTÍNEZ, Genealogía de la justicia constitucional, Quito 2011, p. 57, en particular pp. 57-105

E. VARGAS, *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, 2006, p. 197, en particular pp. 197-199.

VV.AA., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito 2009, p. 405, en particular, pp. 405-410.

E. ZAFARONI, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”, en: L. ÁVILA, *Política, justicia y Constitución*, Quito 2011, p. 328

G. ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*, Madrid 2005, p. 90, en particular pp. 90-91.

G. ZARAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid 1995, p. 24, en particular pp. 24-29.

Jurisprudencia consultada:

Acción de Protección No. 010-2011. Sala de lo Penal de Loja, Corte Provincial de Justicia. Disponible a través de <http://www.funcionjudicial-loja.gob.ec/>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-067 de febrero 4 de 2003

Sentencias: C-010/00. C-406/96. T-586/99 y T-1319.

Corte IDH

Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124, párr. 91.

Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, sobre el efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), solicitada por la CIDH

.