

ANÁLISIS

Nueva  
constitución



Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales

**laTendencia**  
—revista de análisis político—

2008 Primera edición ILDIS  
Impreso en el Ecuador

Coordinación: ILDIS - Revista La Tendencia

Comité Editorial: Francisco Muñoz  
Juan José Paz y Miño  
María Arboleda  
Agustín Grijalva  
Franklin Ramírez

Edición: Raúl Borja

Diseño: Verónica Ávila  
Activa Diseño Editorial

Diseño portada: Antonio Mena

Impresión: Gráficas Araujo

Tiraje: 1000 ejemplares

Las opiniones vertidas en este texto no necesariamente coinciden con las de las instituciones que lo auspician. Se autoriza a citar o reproducir el contenido de esta publicación siempre y cuando se mencione la fuente.

ISBN:  
Quito-Ecuador

8 PRESENTACIÓN  
Michael Langer

12 INTRODUCCIÓN  
Francisco Muñoz Jaramillo

## la **historia** y la **coyuntura**

26 EL PROCESO CONSTITUYENTE DESDE  
UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA  
Juan J. Paz y Miño y Diego Pazmiño

46 PROCESO CONSTITUYENTE Y TRÁNSITO  
HEGEMÓNICO  
Franklin Ramírez Gallegos

## la **carta** de **derechos** y **garantías**

68 LOS DERECHOS EN EL PROYECTO  
DE CONSTITUCIÓN  
Julio César Trujillo y Ramiro Ávila

86 IGUALDAD Y DIVERSIDAD EN LA  
FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS  
Silvia Vega Ugalde

102 LA PLURINACIONALIDAD EN  
LA NUEVA CONSTITUCIÓN  
Floresmilo Simbaña

118 LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL  
FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS  
Agustín Grijalva

## el **modelo** de **desarrollo**

136 EL BUEN VIVIR: OBJETIVO  
Y CAMINO PARA OTRO MODELO  
Magdalena León T.

152 LO SOCIAL EN LA NUEVA  
CONSTITUCIÓN  
Carlos Castro Riera

## el **régimen político**

168 EL RÉGIMEN POLÍTICO EN EL PROYECTO  
DE CONSTITUCIÓN  
Luis Verdesoto

196 AVANCES EN EL RÉGIMEN POLÍTICO EN  
LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI  
Alfredo Ruiz Guzmán

## **descentralización** y **autonomía**

214 LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA  
ORGANIZACIÓN TERRITORIAL  
Santiago Ortiz C.

226 DESCENTRALIZACIÓN, AUTONOMÍA Y  
REGIONALIZACIÓN  
Rafael Guerrero

## **soberanía, defensa e integración**

244 LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA  
EN UNA NUEVA PERSPECTIVA  
Pablo Celi

264 LAS RELACIONES INTERNACIONALES  
EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN  
Grace Jaramillo



## LOS DERECHOS EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN

---

Julio César Trujillo  
Ramiro Ávila

Julio César Trujillo es Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Constitucionalista. Profesor de Derecho Constitucional en la PUCE, catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

Ramiro Ávila es Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Master en Derecho por la Columbia University (NY), Catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1998 NO HAY QUE TOPARLOS Y SON DE AVANZADA EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ESTAS AFIRMACIONES LAS HEMOS ESCUCHADO CON HARTA FRECUENCIA. SIN EMBARGO, LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE –SEGÚN HEMOS PODIDO APRECIAR POR EL TEXTO APROBADO– SE HA ATREVIDO A RECLASIFICARLOS, EDITARLOS Y HASTA AUMENTARLOS. EN ESTE ENSAYO COMENTAREMOS SOBRE LOS PRINCIPIOS INTRODUCIDOS Y LA CLASIFICACIÓN UTILIZADA POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE MONTECRISTI. EN LA CLASIFICACIÓN RESALTAREMOS ALGUNAS **NOVEDADES** EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS Y A SUS CONTENIDOS.

### LOS PRINCIPIOS

La Constitución de 1998 significó un avance considerable en relación con la parte dogmática al incluir no solamente derechos sino también principios de carácter general, que fueron útiles para interpretarlos y aplicarlos. Estableció que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que se garantiza los derechos a todas las personas sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley (Art. 18), que los derechos son los que constan en la Constitución, en instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art. 19), y que el Estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (Art.

20 al 22). No obstante esos avances en la parte dogmática, el proyecto de Constitución de Montecristi recoge todos los principios de la Carta Política de 1998 e incluye algunos más.

## LA TITULARIDAD

En el proyecto de Constitución de Montecristi, el principio que hace referencia a la titularidad de los derechos encabeza el listado de principios: “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares...” (Art. 10). Este enunciado rompe con la tradición liberal de considerar que existen derechos individuales y –excepcionalmente– derechos colectivos. Todos los derechos humanos pueden ser ejercidos de forma individual o colectiva. La forma de ejercicio colectivo puede ser variada. La enumeración comienza con las personas, que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con los conceptos de pueblo o nacionalidad. Las comunidades podrían tener vínculos geográficos, como la comunidad de Oyacachi, o vínculos de identidad por su opción sexual, como la comunidad GLBT (gay, lesbiana, bisexual y travesti). Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, etc., como la nación Quichua, Shuar, entre otras. En el Ecuador, los pueblos son subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no comparten con los otros pueblos, como el pueblo Cayambi, por ejemplo. Hay además los colectivos, entidades integradas por personas que forman parte de manera temporal de una categoría social a los que –como partes de esta categoría– se les reconoce derechos específicos. Es el caso, por ejemplo, de los niños, niñas, adolescentes y otros a los que Peces Barba denomina “personas situadas”. Finalmente, hay colectividades conformadas por individuos que tienen el interés común de que les reconozca sus derechos por las mismas razones o fundamentos jurídicos.

El proyecto de Constitución, al constituir como titulares a estos sujetos expresa que todos y cada uno de los derechos tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una

ley en la que se establezca la obligación de la autoridad de hacer consta esta característica de los miembros de la respectiva nacionalidad. El ámbito del derecho, en consecuencia, se duplica.

En el proyecto de Constitución de Montecristi los derechos se complementan con su exigibilidad. El proyecto determina que “los derechos se podrán (...) promover y exigir de forma individual y colectiva...” (Art. 11.1). Este enunciado se completa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” (Art. 86.1). La teoría del derecho subjetivo, que fue interpretada con la frase “por sus propios derechos” (Art. 95 de la Constitución de 1998), es reformulada o replanteada. La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguno. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las acciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. En la legislación nacional se ha establecido algo parecido, para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente de ella. La misma Constitución prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente. De igual modo, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete. A nivel del derecho internacional, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los mismos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

La Constitución de 1998 enuncia que todos los derechos son garantizados sin discriminación. El proyecto de Constitución –inspirado en la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW, Art. 1), que contiene una definición acabada sobre la discriminación– afirma la igualdad, define lo que significa la prohibición de discriminación y cierra

<sup>1</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.



con las acciones afirmativas (Art. 11.2). En la definición de discriminación que hace el proyecto de Constitución, se hallan todos los elementos reconocidos en el ámbito internacional: las categorías prohibidas, la finalidad del trato distinto que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Entre las categorías prohibidas también hay *novedades*. A las ya numerosas de la Carta Política de 1998 se ha incluido la identidad de género, la identidad cultural, la ideología, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria. Estas categorías –se especifica– podrían ser personales o colectivas, temporales o permanentes.

El proyecto de Constitución de 2008 recoge lo que en su momento fue una aspiración y un llamado de la comunidad internacional (Art. 11.6): “todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”<sup>2</sup> Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final de una enumeración de derechos uno significa que es menos importante que los otros, como se ha pretendido afirmar en relación con la ubicación del derecho a la vida o a las libertades. Por otro lado, los derechos tienen que ser leídos sistémicamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se lo puede compartamentalizar, tampoco a los derechos.

## LAS FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según la Constitución de 1998, las fuentes de los derechos humanos son tres: la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás derechos que se derivan de la naturaleza humana (Art. 19). Esta última fuente nos llevaba a un ámbito del derecho que no es pacífico: el *iusnaturalismo*. En el proyecto de 2008, en cambio, se establece que “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento” (Art. 11.7). La referencia a la dignidad tiene sustento jurídico innegable, aunque también podría tener referencia al *iusnaturalismo*.

<sup>2</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena: “5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”

La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines, salvo que sea medio y fin al mismo tiempo<sup>3</sup>, ha provocado que, en el ámbito jurídico, como lo describe el jurista alemán Robert Alexy, el artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que proclama que el Estado tiene como fin realizar la dignidad, cause más de 94 volúmenes de sentencias en el Tribunal Constitucional Federal.<sup>4</sup> Esta cláusula, que se denomina en la doctrina como “cláusula abierta”, abre la posibilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, pueda ser demandable judicialmente. La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos.

## LA PROGRESIVIDAD

El proyecto de Constitución de 2008 recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad (Art. 11.8). Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran exclusivamente progresivos y que los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad.

Por ejemplo, nadie negará que la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que al mismo tiempo requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad. Otro ejemplo, la inviolabilidad de la correspondencia comprendía en el pasado, la de la comunicación escrita, luego se extendió a la telefónica y ahora comprende a la que se realiza por medio antes no conocidos. De igual modo, el derecho a la libertad y el secreto del voto es de cumplimiento inmediato, siendo uno el alcance cuando se emplea medios puramente mecánicos, pero el proceso electoral requiere de progresión hacia el perfeccionamiento de los medios para emitir y registrar el voto. El

<sup>3</sup> Kant Immanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

<sup>4</sup> Robert Alexy, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 45.



derecho a la salud es de cumplimiento inmediato, y progresivo conforme las enfermedades aparecen o se extienden y la ciencia médica avanza en la prevención o el tratamiento.

Pero lo más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad: “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos” (Art. 11.8, inciso segundo). La regresividad está prohibida y sólo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. O sea, si se justifica adecuadamente, se podría admitir una regresión en el goce de derechos. De este modo, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de los derechos, como la inversión en educación o salud, o los establecimientos para proveerlos no pueden disminuir montos o coberturas, ni privar a quienes gozan de ellos. Si esto sucede, existiría una violación a menos que el gobierno justifique adecuadamente las causas y estas sean razonablemente aceptables. Se garantiza así la continuidad en las políticas y los servicios sin distinguir si se trata de un gobierno u otro, con una ideología determinada o la opuesta.

Los principios ya existentes, tales como el de la responsabilidad objetiva del Estado por la violación de los derechos y el de repetición contra los responsables por dolo o negligencia, nos eximimos de comentarlos por estar en la Constitución de 1998, y ya tienen desarrollo legislativo y jurisprudencial, aunque todavía insuficiente. Basta decir que es un acierto volverlos a determinar en la Constitución propuesta y que ojalá se los desarrolle y amplíe a todos los casos.

## LA CLASIFICACIÓN Y LOS DERECHOS “NUEVOS”

En este acápite comentaremos sobre la clasificación optada por la Asamblea Constituyente y nos referiremos a algunos derechos reconocidos en la Constitución, sin que esto signifique que son todos ni que el constituyente no haya expandido el contenido de otros derechos ya reconocidos en 1998.

La Constitución de 1998 divide a los derechos en cuatro categorías: derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales, y colectivos. Esta división es clásica y tradicional. De hecho, los instrumentos internacionales de derechos humanos dividen los derechos en civiles y políticos y económicos,

sociales y culturales. En el sistema de Naciones Unidas, en 1966, se estableció esta división al establecer dos pactos internacionales; lo propio hizo el sistema regional interamericano al determinar el Pacto de San José (derechos civiles y políticos) y el Pacto de San Salvador (derechos económicos, sociales y culturales). Esta clasificación respondió a fenómenos de carácter político en la “guerra fría”, durante la cual los Estados Unidos pregonaban por los derechos civiles y políticos, y la Unión Soviética por los derechos económicos, sociales y culturales.

La gran diferencia entre los dos instrumentos internacionales fue que los civiles y políticos determinaban protección judicial, y los derechos económicos, sociales y culturales eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los Estados. En la práctica, se establecieron derechos de primera categoría, plenamente exigibles, y derechos de segunda categoría, o derechos programáticos que no podían exigirse judicialmente. La clasificación, por otro lado, no era particularmente perjudicial para Europa Occidental y Estados Unidos, que lograron fortalecer un estado de bienestar, que nunca pudo realizarse en Latinoamérica y en otros países periféricos del mundo. Históricamente, en países como Argentina, Colombia, Sudáfrica, India, Hungría, los derechos económicos, sociales y culturales han sido reivindicados judicialmente, de forma creativa y efectiva, en contra de la doctrina tradicional ya referida. Por otro lado, la naturaleza de los derechos humanos enfatiza en que los derechos son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y sin jerarquías. Lo consecuente, por tanto, era evitar una clasificación clásica, con un contenido histórico que atenta contra los principios generales de los derechos humanos, y procurar más bien tener una clasificación que evite establecer rangos o diferencias entre los derechos humanos.

De su parte, el proyecto de Constitución de 2008 clasifica a los derechos en siete categorías. (1) Derechos del buen vivir, (2) Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (3) Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) Derechos de participación, (5) Derechos de libertad, (6) Derechos de la naturaleza, y (7) Derechos de protección.



## EL BUEN VIVIR

Los derechos del buen vivir equivalen parcialmente a los derechos económicos, sociales y culturales. En esta categoría encontramos el derecho al agua, alimentación, ambiente sano, comunicación, información, cultura, ciencia, educación, hábitat, vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Lo importante del concepto del buen vivir es la relación directa entre derechos y modelo de desarrollo. Se trata de ejercer estos derechos al punto de vivir dignamente, sin que esto implique un régimen de acumulación o competencia. En otras palabras, el goce efectivo de los derechos humanos no es privativo de las potencias más ricas ni es incompatible con un sistema económico social y solidario.

La Constitución de 1998 reconocía el derecho a la salud y consideraba que se lo garantizaba a través de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable, el fomento de ambientes saludables y el acceso a los servicios (Art.42). La propuesta de 2008 reconoce como derechos autónomos a estos derechos que eran parte del contenido del derecho a la salud. El derecho al agua es un derecho en sí pues trasciende el derecho a la salud e inclusive a la salud humana, porque del agua depende la subsistencia misma de todos los seres del planeta. Por esto, el agua no es susceptible de apropiación por nadie y menos aun, con exclusión de alguien; dicho de otra manera, el agua no podrá privatizarse (Art. 12). Este derecho ya había sido reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolló su contenido en una observación general, que es el medio a través del cual se hacen interpretaciones formales y oficiales sobre el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>5</sup>

El proyecto de Constitución de 2008 reconoce y garantiza el derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria (Art. 13). Estos derechos se vinculan con el derecho a disponer de bienes que no sean solo para “llenar el estómago y matar el hambre” sino para proveerle a la persona de los nutrientes necesarios para su salud física, psicológica y espiritual, fuerza y energía propias de la persona sana, acorde con su edad, talla, etc. Incluye también el que el país disponga de bienes suficientes en calidad y cantidad para alimentar a sus habitantes, sin necesidad de depender, para ello, de otros estados.

<sup>5</sup> Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Observación General N. 15.

Las personas y pueblos tenemos derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria (Art. 13). Estos derechos se vinculan con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y se refuerza con la prohibición a la producción, consumo o distribución de armas químicas, contaminantes orgánicos persistentes, agroquímicos y agentes biológicos perjudiciales para la salud humana.

El Proyecto de Constitución de 2008 la educación es gratuita, universal y laica hasta el tercer nivel de la educación superior (Art. 28).

El proyecto de Constitución reconoce con claridad el derecho a la vivienda adecuada y digna, lo extiende al hábitat o condiciones físicas y factores biológicos del entorno en los que la vida humana sea posible para la persona y la comunidad cultural a la que pertenezca (Art. 30), lo que también ha sido motivo de desarrollo internacional a través de observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>6</sup> Se conserva la facultad de los municipios para expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro y hacer efectivo del derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente sano.

El derecho al hábitat tiene que ver con las reivindicaciones del movimiento por la ciudad. Las personas tenemos derechos al disfrute de la ciudad y sus espacios públicos, que se basa en la gestión democrática y el reconocimiento de las diversidades que habitan en una ciudad (Art. 31).

El buen vivir, en general, comprende los derechos e instituciones que tienden a dotar a los habitantes del Ecuador de las condiciones para gozar efectivamente de los derechos humanos, vivir en armonía con sus semejantes y con la naturaleza, para que esta sea el hábitat de las presentes y futuras generaciones. El conjunto está enunciado en la parte dogmática y, en la parte orgánica, para garantizar la posibilidad de su ejercicio y el goce efectivo, se establecen sistemas, políticas y servicios públicos, y la planificación para el desarrollo.

<sup>6</sup> Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Observación General N. 7.



## LAS PERSONAS Y LOS GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

En las personas y grupos de atención prioritaria encontramos enumerados los derechos de las personas adultas, migrantes, embarazadas, menores de 18 años, jóvenes, personas con discapacidad, privadas de libertad, usuarias y consumidoras. Estas personas gozan de los mismos derechos que las demás, más ciertos derechos que tienen por su particular situación. Así, por ejemplo, los niños y niñas son particularmente vulnerables en sociedades patriarcales como la nuestra. Así mismo, las personas privadas de libertad están en instituciones de control absoluto de parte del Estado y no pueden ejercer el resto de derechos de forma autónoma, entonces conviene blindarles con derechos ante los posibles excesos del poder punitivo. Nadie puede negar que los migrantes (inmigrantes y emigrantes) se encuentran en condiciones de particular vulnerabilidad, en particular cuando se les considera ilegales y sufren condiciones de explotación laboral. Se constitucionaliza el derecho de los refugiados y de las poblaciones desplazadas, que ha sido de desarrollo en la jurisprudencia de Colombia<sup>7</sup>. Podríamos argumentar la necesidad de reconocimiento de sus derechos por cada uno de los otros grupos que están expuestos a relaciones opresivas de poder o de indefensión frente a terceros.

La Constitución de 1998 reconocía derechos específicos de tres grupos humanos: niños, niñas y adolescentes (Art. 48-52), personas con discapacidad (Art. 53) y personas de la tercera edad (Art. 54) Hay un artículo genérico que reconoce la atención prioritaria a las mujeres embarazadas, a las víctimas de violencia doméstica y a personas que adolecen de enfermedades catastróficas (Art. 47). La propuesta de Constitución de 2008 añade a los derechos de los grupos enunciados, un mayor contenido y añade otros grupos que merecen protección. Por ejemplo, los derechos de los adultos mayores en la Constitución de 1998 merecen un artículo que reconoce el derecho a tener asistencia especial y a una adecuada asistencia económica y social. En cambio, la propuesta constitucional de 2008 garantiza atención gratuita y especializada en salud, trabajo remunerado, jubilación universal, rebajas en servicios públicos, exenciones en el régimen tributario, exoneración del pago de costos notariales y registrales, acceso a la vivienda, y además dedica todo un artículo sobre políticas públicas con nueve medidas específicas (Art. 36-38).

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025-2004.

Entre los grupos nuevos están las personas expuestas a movilidad humana (Art. 40-42). Las personas que han tenido que movilizarse de un lugar a otro, tienen derechos en todas las posibilidades: personas ecuatorianas en el extranjero gozan del derecho a asistencia, atención, asesoría, promoción de vínculos con el Ecuador, reunificación familiar, retorno voluntario, confidencialidad en sus datos, protección a las familias transnacionales (Art. 40). Las personas extranjeras en el Ecuador tienen todos los derechos que los ecuatorianos, salvo restricciones en los derechos políticos (Art. 9). Las personas que han huido de sus países de origen por razones políticas (asilo), o por estar en peligro su vida, libertad o integridad física (refugio) (Art. 41), y las personas que han tenido que desplazarse contra su voluntad dentro del territorio ecuatoriano (prohibición de desplazamiento y, excepcionalmente cuando se justifique, el derecho a la asistencia humanitaria específica (Art. 42).

## LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES

En relación con las comunidades, pueblos y nacionalidades el proyecto de Constitución de 2008 recoge los derechos ya reconocidos en la Constitución de 1998 y añade algunos más que están en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2006). La propuesta de Constitución de 2008 añade la palabra “libremente” al derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad. Elimina, en el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, una salvedad que otorgaba poder al Estado y relativizaba este derecho: “salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública”. Añade “los territorios” al derecho a la posesión ancestral de la tierra (Art. 57).

El derecho a consulta se lo armoniza mejor con el Convenio 169 de la OIT. Se añade criterios cualitativos pues la consulta debe ser libre e informada, los consultados expondrán sus observaciones y opinión “dentro de un plazo razonable”; las indemnizaciones han de abarcar a los impactos culturales, sin perjuicio de las debidas a los daños ambientales y patrimoniales; en fin, la consulta es “obligatoria y oportuna”.

En el empeño de armonizar el texto constitucional con la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se prescribe que “si

no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”, expresión que se ha entendido como que el asunto será sometido a los jueces encargados de resolver los conflictos relativos a los derechos constitucionales y a los criterios de solución de las antinomias en materia de derechos humanos establecidos en la misma Constitución. Los beneficios de la prospección y explotación de recursos no renovables, que en la Constitución de 1998, se tenían “en cuanto sea posible”, en la propuesta constitucional de 2008, al no existir esa condición, se entiende que siempre los pueblos indígenas tendrán derecho a los beneficios obtenidos por la extracción (Art. 57.7).

En la propuesta de 2008, se reconoce el derecho a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos y –cerca de la Declaración de las Naciones Unidas– se hace mención específica a las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, recursos genéticos, que abarcan la diversidad biológica y la agro-biodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, el conocimiento y los recursos y propiedades de la fauna y flora, y se prohíbe toda forma de apropiación de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

En cuanto a la educación, la propuesta da mayor contenido a la educación bilingüe. Establece el derecho a “desarrollar, fortalecer y preservar su patrimonio cultural”, la educación intercultural debe tener criterios de calidad, desde la estimulación, respetando la diversidad cultural, garantiza metodologías apropiadas, la carrera docente, y que la administración del sistema educativo sea colectiva y participativa, con alternancia y rendición de cuentas (Art. 57 núm. 14) Además, se revisa el derecho sobre el patrimonio cultural e histórico, como parte del patrimonio cultural del Ecuador.

El proyecto de Constitución de 2008 reconoce “nuevos derechos”: mantener y desarrollar contactos con otros pueblos, impulsar el uso de vestimentas, limitar las actividades militares en sus territorios, reflejar la diversidad en toda la educación pública, crear propios medios de comunicación en su idioma y acceso a los demás medios sin discriminación (Art. 57 núm. 18-21)

Merece destacarse el reconocimiento a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario. Los pueblos en aislamiento tienen derecho a la posesión de sus tierras, a que no se realice actividad extractiva en sus tierras, al respeto a

la autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento. Finalmente, se considera que si se irrespetan sus derechos, se considerará etnocidio (Art. 57, penúltimo inciso). No menos importante es el derecho a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. (Art. 60)

Además de los pueblos afroecuatorianos, se reconoce los derechos de los pueblos montubios a que puedan tener un proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible. (Art. 59).

Todos estos derechos deberán interpretarse en concordancia con la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que forma parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador.

## LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Los derechos de participación tienen que leerse en relación directa con el título IV de la Constitución, “Participación y organización del poder”. De este modo se entenderá el cambio del enunciado de manera más profunda. La participación se realiza a través del derecho al voto, a ejercer funciones públicas, y la representación paritaria. La participación incluye el derecho a participar en asuntos públicos, a la iniciativa popular para presentar normas, a ser consultados, a fiscalizar los actos del poder público, a revocar el mandato de cualquier autoridad de elección popular, incluido el Presidente de la República, el derecho a conformar partidos y movimientos políticos, a ser parte de los presupuestos participativos, el derecho a la resistencia frente a vulneraciones de derechos y al ejercicio de la acción ciudadana para demandar violaciones a los derechos humanos. Merece especial atención la concesión del derecho al voto a los extranjeros que han residido cinco años en el país. La participación no se restringe a una democracia representativa sino que tiene que ver con la participación en mecanismos de democracia directa y sustancial. Además, la participación no sólo es a través del derecho al voto para conformar la voluntad general, sino también mediante procesos de veedurías y control social.



## LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Los derechos de libertad corresponden a los derechos civiles, que son típicamente los derechos conquistados por el constitucionalismo clásico. La libertad es el nombre más apropiado para los derechos conquistados por el pensamiento liberal. En este capítulo de la Constitución propuesta encontramos los derechos a la vida, la integridad, la igualdad formal, el libre desarrollo de la personalidad, las libertades de opinión y expresión, el derecho al culto, a la decisión, la reserva de convicciones, de asociación, la objeción de conciencia, de tránsito y circulación, la libertad económica y de mercado, el honor, la intimidad, la inviolabilidad de la correspondencia, el domicilio, el derecho a participar en la cultura, identidad personal y colectiva, la familia (Art. 66-70).

Los derechos de la familia se encuentran en la libertad y no en los derechos sociales, bajo la premisa que las libertades de los miembros de la familia son importantes y que merecen protección. La definición del matrimonio en la Constitución de 1998 es más amplia y menos discriminatoria que la propuesta en el 2008. En esta, sólo los hombres y mujeres pueden contraer matrimonio (Art. 67) y sólo parejas de distinto sexo pueden adoptar (Art. 68). Es decir, no cabe el matrimonio entre parejas homosexuales y se establece un prejuicio injustificable en contra de parejas del mismo sexo.

## LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Una de las innovaciones más interesantes es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza (Art. 71-74). El proyecto de Constitución de Montecristi reconoce el derecho de la naturaleza a su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, además a la restauración. Desde la teoría actual de los derechos humanos, que se basa en la idea de la dignidad, reconocer el derecho a la naturaleza podría sonar ridículo. Si está proscrito el usar a otros como medios para cumplir fines que no comparte, entonces sería imposible la supervivencia del ser humano. La naturaleza siempre será un medio para cumplir los fines de los seres humanos. Pensemos, por ejemplo, en la utilización de la tierra para desarrollar mega ciudades, en la producción extensiva de monocultivos

y la producción de animales para la alimentación de millones de personas.

Conviene señalar que en la historia siempre que ha existido reconocimiento de derechos novedosos hubo al momento oposición y rechazo. Así pasó con los derechos de la mujer; a principios del siglo XX era inconcebible creer que las mujeres puedan administrar patrimonio, estudiar en la universidad, votar... derechos que fueron reconocidos plenamente a los hombres en el siglo XVIII. De igual modo, el derecho de los indígenas, a quienes se les consideraba seres incapaces que debían ser tutelados por la iglesia; también los derechos de los niños y niñas, que tuvieron un régimen de excepción en el reconocimiento y goce de derechos, a pesar de la existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); hubo que esperar la Convención de los Derechos de los Niños (1989) para reconocer que tienen los mismos derechos que las personas adultas más los derechos específicos de su edad.

La política siempre está más avanzada que la teoría del derecho. El déficit en la teoría de los derechos de la naturaleza no justifica su desconocimiento. Los derechos de la naturaleza sin duda van de la mano con el modelo de desarrollo. Al reconocer derechos a la naturaleza, en el fondo lo que se está logrando es que se trate con mucho más cuidado su uso y explotación. El derecho limita y vincula cualquier tipo de poder. Ecuador, como todo país en el mundo, puede demostrar con cifras que el modelo económico extractivo no ha sido beneficioso para los seres humanos y mucho peor para la naturaleza. Finalmente conviene recordar que casi todos los desastres ecológicos, como el calentamiento global, se deben a un trato irracional a la naturaleza. La naturaleza merece el respeto por ser parte del mundo en que vivimos, porque es un ser vivo, porque nos necesita para existir y nosotros necesitamos de ella también para existir.

## LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN

Los derechos de protección se inspiran en la clasificación ya ensayada para expresar un grupo de derechos de los niños y niñas<sup>8</sup>. Los derechos de protección

<sup>8</sup> La Convención de los Derechos de los Niños, y también el Código de la Niñez y Adolescencia, divide a los derechos en cuatro grupos: derechos de supervivencia, derechos de participación, derechos de protección y desarrollo.

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

Merece destacarse el debido proceso como una garantía en cualquier procedimiento, judicial o administrativo, incluso que puede ser aplicado en cualquier ámbito, público o privado; y el debido proceso como derecho de las personas privadas de su libertad. De este modo, se aclaran los elementos del debido proceso en cada caso. Por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la defensa en un proceso penal cuando hay privación de libertad, que el derecho a ser escuchado en un procedimiento administrativo en una escuela.

La clasificación –insistimos– no significa que existan derechos más importantes que otros, ni que cada derecho debe ser leído solo. Los derechos, como toda la Constitución en general, debe leerse de forma sistemática y a la luz de los principios que iluminan la interpretación, la aplicación y el ejercicio de derechos. La clasificación simplemente es una forma útil para poder comprender y ubicar los asuntos. La propuesta de Constitución de Montecristi es original y va a merecer más de un comentario de parte de la doctrina jurídica, constitucional y de los derechos humanos.

Finalmente, a diferencia de la Constitución de 1998, la propuesta de 2008 tiene un vínculo directo entre los derechos y la organización del Estado. Este vínculo se evidencia en las garantías. Pero, además, todas las instituciones del Estado en el ejercicio de sus facultades han de cumplir los deberes del Estado en el ámbito de su competencia y han de crear las condiciones para el buen vivir. La Función Legislativa tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a las normas constitucionales, y ha de tener especial cuidado que se adecuó a la parte dogmática de la Constitución (garantías normativas). La

Función Ejecutiva tiene la obligación de emitir políticas públicas inspiradas en los derechos (garantías de políticas públicas); así como organizar y mantener los servicios públicos que sean necesarios para que todos gocen de los derechos garantizados en la Constitución. La Función de Participación Social protege el ejercicio y cumplimiento de los derechos: La Función Judicial junto con la Corte Constitucional garantizan –en última instancia– que todo el Estado respete, garantice y proteja los derechos humanos, y así todas las otras instituciones estatales y paraestatales.

En conclusión, los derechos podrán de esta forma ser efectivamente respetados, garantizados y protegidos y que, en caso de que eso no sucede, sean exigidos por las personas y colectividades. Esperamos que de esta forma, los derechos dejen de ser simples declaraciones escritas. Que, a la vez, limiten el poder político. Y que brinden la posibilidad de que todos sus titulares gocen efectivamente de derechos, lo que legitima al Estado y a sus instituciones.

