

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Proyecto de Constitución, implicaciones y desafíos.

María Fernanda Navas* y Andrés Fiallos*

Si bien los Derechos Humanos son inherentes a la persona por su sola naturaleza humana, sin ninguna restricción, la garantía de su cumplimiento depende en alguna medida de la exigibilidad que las normas la atribuyen. Es por eso que el campo de los Derechos Humanos no es estático sino dinámico y cualquier coyuntura o circunstancia que permita incorporar nuevas garantías, derechos y libertades, y más aún que permita elevarlos al nivel superior de la jerarquía normativa, es deseable.

El Proyecto de Constitución Política recoge los avances en derechos humanos, ya incorporados en constituciones anteriores y que son fruto de una construcción histórica que permitió consolidarlos en las cartas fundamentales en el mundo, pero su valor agregado se refiere a la inclusión de un capítulo especial sobre Derechos de Libertad que pretende avanzar en la implementación

de acuerdos internacionales sobre derechos humanos y que sobre todo refleja una estructura progresista que convierte a este proyecto en una constitución de derechos de cuarta generación.

Como ejemplo de esta estructura se puede señalar la expresa posición del Estado Ecuatoriano, de conformidad con el Protocolo de Palermo, de combatir la trata de personas y no solo el tráfico de migrantes como establece la constitución de 1998. En ese sentido se incorporan en el Proyecto de Constitución, logros alcanzados por las reivindicaciones de los pueblos, movimientos sociales, universales.

El artículo parte de un enfoque general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución, analiza los avances relativos a la incorporación de derechos de cuarta generación para

* María Fernanda Navas Iturralde, Tercer Secretario del Servicio Exterior. Doctora en Jurisprudencia y abogada de los Tribunales de la República, Universidad del Azuay.

* Andrés Fiallo Karolys, Tercer Secretario, Licenciado en Derecho, especialidad Derecho Internacional y Europeo, Universidad de Montpellier - Francia; Diplomado de Estudios Universitarios Generales de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Montpellier - Francia. Curso de Derecho Internacional Humanitario CONADIH en Lima, Perú

finalizar con los desafíos de la nueva Constitución frente a la normativa ecuatoriana actual.

I. Sobre los tratados internacionales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Proyecto de Constitución.

En el Capítulo Primero *Garantías Normativas* del Título III *Garantías Constitucionales*, del Proyecto, a fin de garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se subordina al órgano legislativo y a todo aquel que participe en la actividad normativa o en actos del poder público, al respeto de los derechos constitucionales y tratados internacionales.

En el Capítulo Segundo *Tratados e instrumentos internacionales*, del Título VIII *Relaciones Internacionales*,¹ se determina la supremacía de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, en cuanto son estos últimos los que deberán ser “conformes” a lo establecido en la Carta Magna, como condición absoluta para su ratificación.

Esto no significa de ninguna manera que determinado tratado *a priori* contrario a la Constitución no pueda nunca ser aprobado. En el

texto del tratado se deberá modificar la parte de la sustancia contraria a la Constitución, lo cual es más difícil si se trata de un tratado multilateral o plurilateral; o bien será la Constitución la que deba ser modificada en aquellas de sus disposiciones que obstaculizan la ratificación del tratado, bajo la única obligación de que dicha modificación sea respetuosa de la garantía de los Derechos Humanos del Título tercero del Proyecto, como se indicó, y por supuesto de acuerdo al procedimiento establecido en el proyecto.

Si bien el artículo 420² admite la ratificación de tratados por referéndum, la aplicación del resultado del mismo también está subordinada al requisito de absoluto respeto a los Derechos Humanos. Es decir que un texto de tratado internacional que sea incompatible con los derechos y libertades fundamentales garantizadas por el texto propuesto de Constitución, ni siquiera por aprobación vía referéndum podrá tener validez.

Incluso el artículo 424 del título IX, determina explícitamente que la Constitución es la norma suprema y que prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. No obstante, el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos

¹ Art. 417 “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

² Art. 420 “La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República”

Humanos y del Derecho Internacional Humanitario genera una excepción correspondiente a las normas de *ius cogens*, que priman sobre cualquier norma nacional o internacional, y entre cuyas prioridades se encuentra la mayor que es la protección de la dignidad humana.

El mismo artículo del proyecto de Constitución adelanta una excepción ante la primacía de la Constitución, y es que “*los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier norma jurídica o del poder público*”, ampliando así de manera significativa la exigibilidad de los derechos y libertades fundamentales del ser humano.

Si bien el artículo se refiere a los tratados internacionales *ratificados* por el Estado, de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esa ratificación es deseable pero no necesaria para aquellas de las normas internacionales que no sean incorporadas por los Estados pero que son parte del referido *ius cogens*.

De todas maneras el Estado se obliga a suscribir los tratados inter-

nacionales de derechos humanos, ratificarlos y garantizar su aplicación efectiva, en cuanto se trata de un “Estado constitucional de derechos y justicia” (art. 1), y considerando que de acuerdo al texto propuesto, se enumeran los deberes primordiales del Estado, y en primer lugar se erige el de “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en al Constitución y en los instrumentos internacionales (...)” (art. 3)

En el mismo sentido el Capítulo I *Principios de Aplicación de los Derechos*, establece que “*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”³ sin discriminar entre los ratificados y aquellos que no lo han sido.

En cuanto a la aplicación de las disposiciones garantes de la dignidad humana esta es de aplicación directa y se rige por la aplicación del principio de interpretación pro homine⁴. El objetivo del principio pro homine o pro ser humano es precisamente privilegiar los derechos de los seres humanos cuando estos estén en conflicto con otros, de igual manera conlleva a la aplicación menos restrictiva de los derechos de las

³ Art. 10 del Proyecto de Constitución Política del Ecuador

⁴ La legislación ecuatoriana actual consagra dos disposiciones que contemplan este principio pero con un alcance menor que el proyecto de constitución, esto es, el artículo 4 del código penal relativo al principio pro reo y el artículo 7 del código de trabajo respecto al principio pro operario

personas y es esta inviolabilidad de la aplicación tanto de derechos y garantías la que da lugar a que ni las leyes puedan restringir este principio. Por otra parte los principios de progresividad y de cláusula abierta garantizan futuras posibilidades de nuevos derechos que emanen de la necesidad de las personas, los pueblos y la naturaleza.

Así mismo, en el artículo 426 se determina que *“las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”*.

Sobre lo indicado, en el caso de ser aprobado el texto de constitución, la jurisprudencia que derive del nuevo ejercicio constitucional, tiene amplio espacio para reconocer la aplicación directa del núcleo duro de la unión de las esferas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que en su ecuación generan normas de *ius cogens*, y cuya obligatoriedad es imperativa, indistintamente de su reconocimiento explícito o implícito por parte del Estado.

La máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, es la Corte Constitucional, mediante sus decisiones de carácter vinculante, conforme al artículo 436⁵ del Proyecto de Constitución.

Esta Corte así como la integridad de los jueces y autoridades del sistema judicial, pero también las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, deberán considerar como principio fundamental que, conforme lo dispone el artículo 11 numeral 7 del Capítulo I Principios de Aplicación de los Derechos, *“el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”*

II. La transversalidad de los Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución

El Proyecto de Constitución desarrolla los derechos y libertades fundamentales, de manera transversal, evitando generar una suerte de

⁵ Art. 436 numeral 1.- “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

estructura jerarquizada de derechos, que varios juristas y académicos han podido observar en la Constitución de 1998, en la que aparecen en primer lugar los Derechos Civiles⁶, en segundo lugar los Derechos Políticos⁷, en tercer lugar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, y en cuarto lugar los Derechos Colectivos.⁹

Es así que en el numeral sexto del artículo 11 de la propuesta actual de Constitución, se afirma que *“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”*

III. Una Constitución de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación:

A continuación se realizará un análisis temático sobre los derechos contemplados en el proyecto materia de estudio del presente artículo.

Derechos de Primera Generación:

Iniciando por el tema de administración de justicia y debido proceso, parte integrante de los derechos civiles y políticos, el artículo 172¹⁰ del proyecto se refiere a una admi-

nistración de justicia en la cual los jueces deberán actuar con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Merece especial atención dos temas que plasman los ideales expuestos por varios organismos de derechos humanos, el primero la exclusión de militares y policías de fueros especiales y segundo la inclusión de normas para la indemnización en todos los procesos en los que hubiera error judicial y no solo los provenientes del recurso de revisión.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, la política que guía el proyecto de Constitución es la de acoger los diversos tratados de derechos humanos, por ello, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, recién ratificada por el Ecuador,¹¹ ha sido la guía fundamental de las normas que recogen los derechos del mencionado grupo.

Además de estas consideraciones es importante recalcar las regulaciones relativas a los siguientes grupos:

⁶ Capítulo II De los Derechos Civiles, Constitución 1998

⁷ Capítulo III De los Derechos Políticos, Constitución 1998

⁸ Capítulo IV De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Constitución 1998

⁹ Capítulo V De los Derechos Colectivos, Constitución 1998

¹⁰ Art. 172' Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley"

¹¹ Aprobada mediante resolución No. 5 de la Asamblea Nacional Constituyente y publicada en el Registro Oficial No. 329 de 5 de mayo de 2008

- **Adultos mayores:** la constitución contempla exenciones tributarias a más de consagrar varios mecanismos de protección en contra de la explotación de este grupo de atención prioritaria (la constitución vigente habla de grupos vulnerables).

- **Pueblos indígenas:** constituye un principio elevado a nivel constitucional el respeto a culturas ancestrales y la justicia indígena, siempre que los procedimientos no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. A diferencia de la constitución vigente que se refiere a la pluriculturalidad, habla de interculturalidad y plurinacionalidad.

- **Rehabilitación penitenciaria** por primera ocasión en una constitución se incorporan normas específicas sobre derechos de los detenidos en los distintos centros de rehabilitación social.

- **Niños, niñas, adolescentes:** se reemplaza el artículo 59 de la constitución del 98 por el 46 que recoge varios derechos de este grupo. Eleva a principio constitucional la prohibición de trabajo de niños menores a 15 años, norma contenida en el actual código de la niñez y adolescencia (artículo 82).

- **Migrantes, asilo y refugio:** el proyecto realiza un reconocimien-

to expreso de derecho a migrar y el especial avance de la doctrina al hablar no de personas ilegales sino en una situación migratoria irregular.

- **Mujeres:** se incluye el enfoque de género en todos los programas públicos además se eleva a nivel constitucional el plan de Ministerio de Educación de no exclusión de la educación a mujeres embarazadas.

En relación a los derechos políticos del Proyecto de la nueva constitución a consultarse en referéndum a fines de septiembre de 2008, ésta establece que las personas extranjeras gozarán de los derechos políticos en lo que les sea aplicable, amplía el voto obligatorio inclusive a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, y el voto facultativo a las personas entre dieciséis y dieciocho años, las personas mayores de sesenta y cinco años, residentes en el extranjero, miembros de fuerzas armadas y policía nacional y personas con discapacidad.

Derechos de segunda generación

El proyecto ratifica gran parte de las normas contenidas en la constitución del 98, sin embargo, presenta un valor agregado al crear un Sistema de Inclusión y Equidad a través del cual se considera prioritaria la inversión social, esto responde a una orientación del go-

bierno actual que ha colocado a la inversión social por encima del pago de la deuda externa.

Este sistema de Inclusión y Equidad esta encaminado a lograr lo que el proyecto denomina derecho del buen vivir, que busca garantizar no solo el derecho a la vida sino a una vida digna y adecuada consagrando las ideas de un Estado de Bienestar y yendo más allá de un Estado Social de Derecho hacia un Estado constitucional y democrático de derechos dando prioridad a la sujeción absoluta a la Constitución y a la Democracia como pilares fundamentales del reconocimiento de los derechos establecidos, que busca implementar acciones, programas y estrategias a fin de que las personas gocen de manera efectiva los derechos económicos, sociales y culturales.

El proyecto va más allá de lo que la doctrina consagra respecto a la educación, en el sentido de que la educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita ya que determina que la educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.

Derechos de tercera generación

Por primera vez en la Carta Suprema del Estado se declara de interés público la preservación del

ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Esta regulación es parte integral de los derechos del buen vivir mencionados en los derechos de segunda generación en el sentido de regular el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza

Derechos de cuarta generación

La cuarta generación de derechos humanos no son estrictamente conferidos o atribuibles a seres humanos, sino que se refieren por ejemplo a la conservación de especies en peligro de extinción y derechos de los animales.

En esta línea se regula un capítulo especial de los Derechos de la Naturaleza, así consagra que “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”¹², es decir la reconoce como sujeto de derechos.

El proyecto contiene una disposición específica para el caso de

¹² Artículo 71 del Proyecto de Constitución Política del Ecuador

especies en peligro de extinción por la cual “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales...”¹³

IV. Desafíos de la nueva Constitución frente a la normativa ecuatoriana actual

Sin duda se han logrado avances en especial en lo relativo a la aplicación de instrumentos internacionales como por ejemplo en la implementación del Estatuto de Roma¹⁴ y el hecho de elevar a principio constitucional la protección a víctimas y testigos, sin embargo son dos los retos principales que se presentan a fin de que la constitución pueda cumplir los principios que han sido consagrados:

- Mecanismos de exigibilidad de los derechos
- El rol de la participación ciudadana

Sobre los mecanismos de exigibilidad de los derechos, surgen algunos cuestionamientos de cómo hacer

que estos derechos puedan ser puestas en práctica, si bien el proyecto regula los Consejos de Igualdad¹⁵ a los cuales se les atribuye de competencia para dar seguimiento a los planes de derechos humanos, el propósito de la Asamblea es atribuir a la Corte Constitucional las principales funciones en torno a este tema, de ahí que conoce la acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección, pero, ¿cuales son los alcances de estas garantías?, ¿se le quiere acaso investir de un carácter similar al de una tercera instancia ya eliminada en nuestro sistema judicial? ¿no es más conveniente una ley general que regule la aplicación de sentencias de organismos internacionales de derechos humanos a una acción a seguirse en un caso particular? Todos estos cuestionamientos deben ser absueltos por la Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad que según la disposición transitoria primera deberá aprobarse en trescientos sesenta días después de aprobada la constitución, caso contrario, esta amplia protección que prevé la constitución puede perder su base sólida más aún si consideramos la sustitución de importantes mecanismos

¹³

Art. 73 del Proyecto de Constitución

¹⁴

El artículo 80 del Proyecto de Constitución Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.

¹⁵

Según la disposición transitoria sexta los consejos de Nacionales de Igualdad están constituidos por los consejos nacionales de niñez y adolescencia, discapacidades, mujeres, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.

que prevé la constitución de 1998 (como por ejemplo el artículo 274 que atribuye facultades al juez para declarar inaplicable una norma que contradecía un tratado internacional, sustituido por el artículo 428¹⁶ que establece la suspensión de la tramitación de la causa) y el posible embotellamiento de casos ante dicha Corte.

En conclusión la constitución recoge varias normas significativas de derechos humanos de amplia tendencia progresista, no obstante, queda pendiente fortalecer mecanismos que faciliten la exigibilidad de los derechos humanos los cuales podrían darse a través del nuevo rol que se confiere a la participación ciudadana pero por sobre todo por la creación de una legislación de soporte y ejecución de dichos principios.

En su expresión jurídica e histórica el texto de Proyecto Constitu-

cional es muy alentador, pero su utilidad práctica dependerá sin duda de un adecuado involucramiento de la sociedad civil que deberá apropiarse de su Constitución garantizando sólo así la exigibilidad de los derechos y libertades fundamentales que constan en el texto.

Bibliografía

Proyecto de Constitución del Ecuador aprobado por la Asamblea Constituyente. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo

Constitución Política de la República del Ecuador 1998.

¹⁶ Art. 428.- "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente".