





UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO  
FACULTAD DE JURISPRUDICENCIA

TÍTULO DE LA TESIS:

“LA PROHIBICIÓN DE LA PESCA DE ARRASTRE, Y SUS  
CONSECUENCIAS A NIVEL CONSTITUCIONAL: Análisis del  
Acuerdo Ministerial No. 20 ”

Previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en  
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ELABORADO POR:

Abogada Olga Priscilla Baidal Escalante

Guayaquil, a los 19 días del mes de enero del año 2015

A MI PADRE, por acompañarme desde el cielo en este largo camino.

## INDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
a. Resumen .....	1
b. Justificación:.....	1
c. Palabras claves:.....	5
<b>II. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>5</b>
a. Antecedentes Fácticos .....	5
i. Pesca en el Ecuador .....	7
ii. Clases de Pesca, Arte de Pesca .....	8
iii. Líneas de pesca .....	9
iv. Redes de enmalle.....	10
v. Red de cerco de jareta .....	11
vi. Red de tiro o chinchorro de playa.....	12
vii. Pesca como actividad económica y la Pesca como fuente de trabajo.....	13
viii. Organismos de Control de pesca .....	14
<b>III. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>27</b>
a. Principio de Legalidad .....	27
b. Marco Legal.....	32
c. Marco legal y Derecho Comparado.....	34
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>88</b>
<b>V. ANEXOS .....</b>	<b>89</b>
a. Encuestas .....	89
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>92</b>



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por Abogada Olga Priscilla Baidal Escalante, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en DERECHO CONSTITUCIONAL.



## **I. INTRODUCCIÓN**

### **a. Resumen**

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo, examinar a la luz de los principios y derechos constitucionales, la emisión de Acuerdos Ministeriales, que en definitiva restringen derechos constitucionales, y si bajo esa vía normativa le es permitido tal menester, y si así lo fuera si es necesario e imprescindible que se los motive de manera adecuada, esto es, alejándose del discurso político, y convirtiéndolo en una real disquisición entre los hechos fácticos, y la norma jurídica aplicable, tratando en lo posible de justificar su legitimidad y función social.

### **b. Justificación:**

La Ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la ley manda, prohíbe o permite, indicaba el antiguo texto del artículo primero del Código de Procedimiento Civil. Aunque pareciere una redacción sin mucha trascendencia, más aún para quienes empezaron los estudios del derecho antes del 2008, no lo es. La jerarquía del ordenamiento jurídico según la pirámide atribuida a Kelsen, aun cuando hay quienes sostienen no fue de su autoría, señala o por lo menos así enseñaron, que la Constitución iba en la cúspide, sin embargo no era más que un enunciado, pues, era la ley la principal fuente de derecho y la misma Constitución muchas veces se remitía a la ley. Entonces sin lugar a dudas, es un estado legalista del que hablamos, en el que el Juez es boca de la ley, y sólo hace lo que la ley le dice, buscando el espíritu de la misma, de lo que se enseñaba en las Universidades bajo lo que “el legislador buscó decirnos”, con estructuras normativas de hipótesis de conducta y consecuencias.

Este estado legalista no duró para siempre, aunque hay rezagos normativos y también en los pensamientos de algunos operadores de justicia. Es que, con la introducción de la Constitución del 2008, la forma de ver el Estado cambio de derecho o legalista, a un Estado de derechos. El plural de la palabra derecho no denota un número superior de algo en cantidad, sino que cambia la esencia y sustancia del concepto, y es aquí donde nace o se reconoce la fuerza normativa de la Constitución y su efecto de irradiación sobre las otras normas de carácter infra

constitucional y su armonización, buscando la justicia y dotándole a los Operadores de Justicia la facultad de crear derecho, de aplicar e inaplicar las leyes y dejar de ser lo que se denominaba “boca de la ley.”

La Constitución dejó de ser solamente aquel instrumento político que tenía ideas, que parecían inalcanzables, y que sus derechos no parecían ser exigibles, a ser un cuerpo normativo completo, que si bien es cierto no está plagado de hipótesis de conducta y consecuencias, como estructuras normativas, contiene normas reglas y normas principios, ésta últimas de importantísima trascendencia en la vida de las personas, pues, son postulados a los cuales el Operador de Justicia a través de sus decisiones y en general cualquier Servidor Público que decida sobre derechos debe darles contenido. Aquella tarea la más difícil de todas, puesto que, antes el proceso de subsunción era lo más sencillo, si el hecho fáctico se encuadra en hipótesis de conducta, se aplica la sanción y listo.

En tratándose de derechos el tema varía, pues, el desenvolvimiento de la sociedad, sea ésta en evolución o involución, conlleva inconvenientes entre los seres humanos que buscan resolver a través de la justicia, y llegan a la mesa de discusión si los derechos colisionan o no, cuál es el alcance o límites de los derechos, si es que los hay, que cuál derecho es principal, es decir, si existe o no jerarquía de derechos, si existe un núcleo esencial a los derechos, si es que los hay, si hay un sistema de verdad efectivo para justificar el por qué se afecta un derecho para proteger otro.

Dentro del avance en materia de derechos y a propósito de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en la ciudad de Montecristi en el 2008, aparece el principio de aplicación directa e inmediata de las normas contenidas en ella, por cualquier persona, autoridad o juez, al recoger el principio de directa e inmediata aplicación. Se prescinde precisamente de lo que antes era la base, la ley, pues, no se necesita de un desarrollo normativo infraconstitucional para poder hacer efectivos los preceptos constitucionales. No hay excusas para nadie, sea quien fuere, y sea cual fuere el cargo que ostente para dejar de respetar, hacer respetar y aplicar lo que la Constitución estatuye en cuanto a los derechos de las personas. Es más, indica la misma Constitución que no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar una violación, un desconocimiento o negar el reconocimiento de un derecho. Señalando también que el respeto y ejercicio de los

derechos no pueden estar subordinados ni supeditados a reglas, condiciones o requisitos que no estén previstos en la Constitución o la ley.

Es de resaltar que el avance del reconocimiento pleno y efectivo de los derechos de las personas no es el único, sino también el que se refiere a los derechos de la naturaleza, y la posición que asume el Estado frente a la misma. Siendo el fundamento de todo el ser humano, no es menos importante el ambiente en que se desenvuelve del cual es responsable, como lo es la naturaleza, llegando inclusive a nombrar dentro de la Constitución nuestras referencias ancestrales como lo es la Pacha Mama.

Es esta nueva visión de los derechos tanto de las personas como los de la naturaleza, lo que motiva a realizar el presente análisis, pues, antes sólo hablábamos de conflicto de derechos entre humanos, pero ahora al parecer podrían existir conflictos de derechos entre el humano, y la naturaleza. Entre humanos se recurre a la justicia, sea de campo civil, penal, constitucional, dependiendo del tipo de problema. Sin embargo, en materia de la naturaleza, y específicamente del tema del presente trabajo, hay decisiones que se toman de manera unilateral por parte del Estado, a través de sus Ministerios, que afectan derechos de la personas, pero que justifican su accionar, por cuanto dicen protege a la naturaleza.

Las decisiones de todo poder público debe estar debidamente motivado, y no habrá tal motivación si no se enuncian los fundamentos de hechos y de derecho y su pertinencia y congruencia entre ellos, de lo contrario será nulo. Una prohibición de hacer algo, que parecería ser materia penal especial, pues, allí se protegen bienes jurídicos a través de hipótesis de conductas que si bien no son prohibitivas, si castigan la violación a los derechos como por ejemplo, con el tipo penal asesinato no es que se prohíbe matar, pero quien mata con violencia y otras circunstancias contempladas ahora en el Código Orgánico Integral Penal, es sancionado por asesinato o sicariato, dependiendo de sus elementos constitutivos del tipo, y por qué, porque violó, la norma no matar, el derecho a la vida de otro, y la Constitución protege la vida. Sin embargo, en el presente caso como expondré, no se promulgó una ley, ni se introdujo una reforma, ni se agregó ningún artículo a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, sino que a través de una resolución administrativa, se prohibió la pesca de arrastre y del camarón.

Las consecuencias de tal decisión, desde la afectación al derecho al trabajo, a la formación de la libre empresa, de igualdad de todos ante todos, del derecho al patrimonio, son las aristas entre otras se va a desarrollar en ésta tesis. Se estudiará y analizará el desarrollo histórico de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, para verificar las concepciones que se tenían y se tienen, los mecanismos, organismos, derechos y obligaciones contenidos en ese cuerpo legal para poderlos cotejar, comparar y criticar a la luz de la Constitución vigente. Se examinará los antecedentes fácticos, estudios, estadísticas, de haberlos, que llevaron a decidir que se debía prohibir la pesca de arrastre, se investigará que tan real fue esa prohibición, y si el plan de contingencia fue precisamente eso y no una válvula de escape de una decisión apresurada; y si, el Ministerio de Agricultura, Acuicultura, Ganadería y Pesca, brinda un trato igualitario a las personas que se dedican a la actividad pesquera, en relación al tema abordado.

Se analizará también las estadísticas de la pesca incidental, que resulta ser uno de los fundamentos base de la prohibición de la pesca de arrastre, así como la autorización concedida a ciertos barcos y la orden de desguazar otros, a efecto de si fue cumplida o no, así como de la nueva autorización de pesca concedida aparentemente a los mismos barcos, con los que se discrimina frontalmente a los otros barcos, respecto a los derechos que tienen sus armadores, propietarios, a también pescar.

Se establecerá la competencia y jurisdicción del Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero, así como sus facultades, deberes y obligaciones, así como si su integración responde o no a los preceptos constitucionales, que permitan una participación democrática e integradora de todos los actores involucrados en el ámbito de la pesca. También si es que para la toma de decisiones trascendentales como ésta, fue integrado en legal y debida forma, y si se permitió la participación ciudadana en el debate de este tema que afecta a muchas personas

Como parte final, se examinará la constitucionalidad o no, del Acuerdo Ministerial No. 20, que fue expedido en base del Art. 13 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, que indica que el Ministro del ramo queda facultado para resolver y reglamentar los casos especiales y los no previstos que se suscitaren en

la aplicación en la ley, tratando de identificar si se trata de un caso especial o de un caso no previsto, y en ese sentido si el Art. 19 de la misma ley que indica que el mismo Ministro podrá prohibir, limitar o condicionar mediante acuerdo, lo exime de la responsabilidad de motivar aquello

**c. Palabras claves:**

Derecho a la Motivación, Trabajo, Principio de Igualdad, Legalidad, Pesca, Arte de Pesca de Arrastre

**II. MARCO TEÓRICO**

**a. Antecedentes Fácticos**

En nuestra Constitución, no sólo se brinda protección a los derechos de la persona natural y jurídica sino también del ambiente, específicamente a la Naturaleza<sup>1</sup> o la Pacha Mama<sup>2</sup>. La Pacha Mama es un término del Kichwa<sup>3</sup> que es un idioma reconocido a nivel constitucional en virtud de la interculturalidad, que encierra todo lo que se denomina a nivel de otros países como ecosistema, que antes era mal llamado medio ambiente y luego ambiente. Es decir, las acciones humanas y estatales deben propender a los derechos de la naturaleza, pues, es responsabilidad subsidiaria del Estado<sup>4</sup>, el velar por la salud y restauración de los ecosistemas.

En tratándose de temas de responsabilidad, a nivel ambiental, es objetiva<sup>5</sup>, y el servidor público que provoque el daño es responsable directo<sup>6</sup>, en cuanto a

---

<sup>1</sup> Art. 10 CRE.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución

<sup>2</sup> Art. 71 CRE.- La naturaleza o Pacha Mama, 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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

<sup>3</sup> Art. 2 CRE.- ...El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural.

<sup>4</sup> Art. 397 CRE.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas...

<sup>5</sup> Art. 396 CRE.- ... La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

prevenir, cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños causados, así como los servidores públicos encargados del control ambiental, existiendo consecuentemente el derecho de repetición del Estado<sup>7</sup>. Tan alto es el nivel de protección constitucional, que las acciones legales para perseguir y sancionar los daños ambientales son imprescriptibles, por tanto el Estado considera que ese tipos de conductas deben ser sancionadas aun cuando pase el tiempo que ordinariamente se concede al Estado para ejercitar su ius puniendi.

Así mismo, en materia penal general y penal especiales, rigen principios básicos comunes, como lo es el principio de legalidad, en su vertiente más común, de que no puede haber crimen, ni castigo sin ley previa<sup>8</sup>, así como en materia procesal penal, se indica que la carga de la prueba le corresponde a quien acusa, por regla general a la Fiscalía General del Estado; sin embargo en materia penal ambiental, la carga de la prueba es inversa, por cuanto no se debe demostrar que hay daño, sino por el contrario se debe demostrar por parte del gestor de la actividad o demandado la inexistencia del daño<sup>9</sup>.

En ese orden de cosas, es necesario recalcar que hay dos opciones fundamentales, a nivel de daño ambiental, aquel ya producido que es la llamada contaminación, y el posible daño o daño potencial ambiental. En el primer caso es fácil, demostrarlo a nivel procesal, por cuanto existe algo tangible, algo real, que se puede percibir por los sentidos en un tiempo y lugar determinado y que tiene características propias, y que vía peritajes se puede demostrar, como por ejemplo derrame de crudo en el mar, ante lo cual, se debe establecer es el nexo causal, esto es, verificar que la conducta es directa e inequívoca a la realización del daño causado, esto es, la contaminación.

---

<sup>6</sup> Art. 396 CRE.- ... Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

<sup>77</sup> Art. 397 CRE.- ... La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.

<sup>8</sup> El principio de legalidad proviene del aforisma *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

<sup>9</sup> Art. 397 CRE.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado...

La segunda opción es cuando se demanda por daño ambiental respecto a una actividad que representa un peligro potencial, de la que no hay un daño visible, o perceptible a los sentidos, esto es, no podría probarse un no hecho directamente, sino por el contrario a través de deducciones de que no se percibe algo que si existiera si se podría percibir, dicho de otra manera, le correspondería al gestor de la actividad demostrar que su actividad no causa un impacto negativo al ambiente, por cuanto no se daña el ecosistema, por ejemplo matar a un grillo, no afectaría al ecosistema, por su cantidad y rapidez en reproducirse, pero una especie en peligro de extinción al matarla afectaría gravemente el ecosistema, por tanto el cazador deportivo debe probar que su actividad no genera daño ambiental.

Daño ambiental es toda actividad que suponga en forma actual e inminente una lesión a tal espacio, la que debe cesar y conlleva prioritariamente la obligación de recomponer (Goldstein , 2010).

Al respecto a nivel de interpretación en materia de medio ambiente existe el principio pro natura<sup>10</sup>, pero es necesario recalcar que se refiere a tema de leyes aplicables al efecto y no a los hechos, por cuanto en relación a los hechos es difícil que exista duda entre su existencia o no, pues, a nivel probatorio, hay pruebas periciales, testimoniales, documentales hasta indiciarias, tanto de la existencia del daño potencial o real, así como de la participación o responsabilidad de quienes están siendo procesados o investigados, sin embargo a nivel de leyes, se debe obligatoriamente interpretar de la manera que más favorezca los derechos de la naturaleza o la Pacha Mama.

## **PESCA**

### **i. Pesca en el Ecuador**

**PESCA:** 1. f. Acción y efecto de pescar.; 2. f. Oficio y arte de pescar; 3. f. Aquello que se pesca o se ha pescado. (Academia de la Lengua Española, 2014)

---

<sup>10</sup> Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:... 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

**PESCA DE ARRASTRE.** 1. f. La que se hace arrastrando redes. (Academia de la Lengua Española, 2014)

Para el estudio del presente tema, debemos empezar recordando, que la pesca artesanal y la acuicultura representan una destreza de supervivencia de las familias más pobres de muchos países en vías de desarrollo como el nuestro. Un importante grupo de la población ecuatoriana está ligado a la pesca artesanal. La mayoría de la pesca que se consume en el país proviene del sector pesquero artesanal, que también abastece a las empresas exportadoras con determinadas especies que tienen una fuerte demanda en el mercado externo. No obstante, en el Ecuador, el debate sobre la pesca se ha centrado en la producción y exportación de camarones (acuicultura) y, en general, en la explotación y procesamiento industrial de recursos del mar. Por lo tanto, las políticas públicas de fomento y control de la actividad pesquera, así como las reglamentaciones sobre manejo de los recursos marinos han prestado poca atención a la pesca artesanal y ha concentrado la mayoría en la pesca artesanal, que a su vez, es el sustento laboral y por ende económico de muchas familias de escasos recursos.

## **ii. Clases de Pesca, Arte de Pesca**

Generalmente los métodos de pesca se clasifican según el propósito específico que persigue la actividad. En este trabajo, para el funcionamiento del arte de pesca, se ha definido para el funcionamiento del mismo cinco formas de artes de pesca, estas consisten en el uso de instrumentos de captura que esperan o simplemente atraen a la especie objetivo, entre las que destacan la línea de mano, el palangre y el espinel. A esta misma categoría pertenecen las redes de enmalle que tienen diversas variantes, como es el caso de las redes y deriva, la red de enmalle, de fondo y el trasmallo.

El arte de pesca, son aquellas que buscan a la especie objetivo. En este caso la embarcación juega un importante papel. Muchos pescadores han incorporado redes de cerco y de arrastre; en este último grupo se ubican la red de tiro y la recolección de peces vivos.

### **iii. Líneas de pesca**

La pesca artesanal con líneas está bastante generalizada entre las pesquerías, por su eficiencia para la captura tanto de especies pelágicas como demersales. El principio de su funcionamiento se basa en el cebo que se ofrece al pescado; una vez que lo ha mordido, difícilmente puede escapar. Se distinguen los siguientes tipos: línea de mano, palangres y espineles. La línea de mano es básicamente una línea principal, cuya longitud varía según las características de cada zona pesquera. Esta línea termina generalmente en un peso y dispone de uno o más anzuelos unidos a una línea secundaria o reina<sup>1</sup> de monofilamento, cuyo extremo libre va montado en un grillete giratorio con la línea madre. Este arte es utilizado para las capturas de especies de escasa concentración o densidad, como es el caso del bagre, la corvina, perela, colorado, róbalo, cherna, entre otras. La línea de mano, como instrumento de pesquería Comercial, se encuentra en centros como General Villamil, Puerto López y San Pedro.

Los palangres y espineles consisten en suspender un gran número de reinales, con su respectivo anzuelo, a una línea madre. Tanto en los palangres como en los espineles, la línea madre va dispuesta horizontalmente o sostenida, cada cierto tramo, por boyas. La pesca con palangre es útil para las capturas de especies pelágicas como el dorado, picudo, tiburón y pez espada. Entre ciertas comunidades pesqueras y artesanales se observan diferentes diseños de palangres y espineles, variando tanto la longitud del reinal como el tamaño y tipo del anzuelo. Los reinales

se construyen de poliamida en monofilamento o de cable de acero para la parte inferior. El anzuelo que se usa con más frecuencia es el anzuelo tipo mustad, especialmente diseñado para la pesca del dorado.

En los últimos años, los pescadores de la provincia de Manabí usan un dispositivo especial que contiene una cápsula luminosa, el cual colocado en el anzuelo sirve para atraer al pez, lo que aumenta las posibilidades de captura, especialmente del pez espada. Los pescadores de la zona norte del Guayas usan generalmente el espinel para la captura de los peces. Este se cala fijamente en el fondo del mar y revela diferentes longitudes dependiendo del número de anzuelos. En la construcción de los espineles, los pescadores usan el material poliamida trenzado para la línea madre; los reinales son generalmente de poliamida torcido en una sola pieza, y el tamaño del anzuelo, casi siempre del tipo mustad, entre los 12 y 8 mm. Las especies que generalmente se capturan con el espinel son: colorado, corvina, cherna, cabezudo, perela, etc.

#### **iv. Redes de enmalle**

El principio básico del funcionamiento de este arte de pesca apunta a complicar el movimiento del pez: este encuentra en su recorrido la maraña de hilos y se enreda en el entretejido de la malla o, como se dice comúnmente, se enmalla. En nuestro país se utilizan dos tipos de red de enmalle, cada una con red de enmalle de deriva y de fondo. La red de enmalle de deriva consiste básicamente en una pared o tejido y mallas montadas a dos líneas o relingas: una línea superior, que dispone de varios flotadores, y una inferior dotada de pesos. Los materiales que se utilizan para su elaboración son diversos: para el mallo o cuerpo se emplean hilos de poliamida torcido de color verde o monofilamento; en las relingas se usa el mustad tipo torcido; los flotadores son de espuma sintética y los pesos son de plomo

Es posible distinguir dos diseños de red de enmalle, ambos de utilidad para capturas multiespecies. Frecuentemente se identifica a la llamada red voladora para el pez sierra que sirve también para la captura de especies como el tollo, chazo, caballa, jurel, etc. Existe un desafío especial, construido con pasos de malla más amplio (150 mm), que sirve principalmente para la captura de ejemplares más grandes como el picudo, tiburón, atún, etc. En lo relativo a la dimensión de la red de enmalle existen criterios unificados entre los pescadores. Este arte de pesca es utilizado casi exclusivamente por los pescadores de Manabí y Guayas. En las pesquerías artesanales de nuestra costa continental se distinguen tres tipos de artes pesqueras activas.

#### **v. Red de cerco de jareta**

Su funcionamiento consiste en calar una pared de red en forma circular alrededor del cardumen de peces, encerrándolos de tal forma que no puedan escapar por la parte inferior, lo que permite la captura en profundidad. La red de cerco artesanal se utiliza en algunas caletas de pescadores de la provincia del Guayas, como en San Pedro y San Pablo. Para su elaboración se confecciona una pared de mallas hecha de poliamida torcido, color verde, la misma que se divide longitudinalmente en varias secciones: el copo de paso de la malla tiene 54 mm; el antecopo mide 60 mm y el cuerpo es de 75 mm. La relinga superior se apareja con flotadores de espuma sintética y la relinga inferior cuenta con varios pesos de plomo. La red cuenta, además, con una corrida de tirantes de torcido con anillas de bronce. Por ellas se hace pasar un cabo o poliamida torcido, que al manipularse cierra la red. Las especies que se capturan son: picudo, caballa, bonito, huayaipe, jurel, pámpano, sierra, etc.

El diseño que aquí se presenta con la red de cerco tiene la particularidad de convertirse en una red de enmalle de deriva, para la captura de pesca blanca.

#### **vi. Red de tiro o chinchorro de playa**

Es una especie de gran saco que se mantiene abierto horizontalmente gracias a un especial tejido que se sostiene verticalmente, mediante el propio flujo, con el apoyo de flotadores. El chinchorro se cala en forma semicircular y luego se arrastra sobre el fondo hasta recuperarlo en la playa. Se compone de los cabos de arrastre o cala, o poliamida torcido, y consta de dos proyecciones laterales conocidas como alas, que se construyen de poliamida torcido. El paso de malla varía entre 40 y 60 mm y se usan hilos de diferentes colores, como el marrón, verde y el negro. El copo del chinchorro es de poliamida torcido o trenzado, sin nudos, de paso de malla variable, según la especie. Para la captura de lisa, por ejemplo, se usa un paso y malla de 300 mm y para la pesca de chumumo se emplea uno de 8 mm. La estructura superior, conocida como relinga, se apareja con flotadores, y la inferior con pirulos o pesos de plomo. Este arte de pesca captura especies pelágicas, ya que trabaja en zonas donde la profundidad o es igual, o es un poco mayor a la altura de la boca de la red.

Salabardo para la captura de postlarvas de camarón. Se conoce comúnmente con el nombre de piernón o avioneta y se utiliza para las capturas de camarón en estado de postlarvas. La operación implica la participación de un individuo y no requiere de embarcación. Consiste, básicamente, de dos puntales de madera entrecruzados en forma de horqueta; en la parte de mayor longitud se monta un saco de tela de poliamida, que se mantiene abierto al ser arrastrado sobre el fondo. Este arte ha sido incorporado solo a partir de la década del 80, ante el requerimiento de los

criaderos de camarón. Se usa en las zonas de rompientes y está condicionado a una veda de tipo temporal.

Las artes de pesca que se usan en el subsector pesquero artesanal del Ecuador presentan algunas características en común, independientemente del método de captura: la selectividad de las artes de pesca no ha sido objeto de análisis por parte de las entidades oficiales encargadas del control y fomento; los materiales con que se construyen no responden a requerimientos de orden técnico pues se utiliza los que ofrece el mercado; las características del diseño deberán ser modificadas, cuando se incorporen nuevos elementos de mecanización en los procesos de captura de la pesca artesanal.

#### **vii. Pesca como actividad económica y la Pesca como fuente de trabajo**

Uno de los rasgos relevantes de la pesca artesanal frente a la industrial es la mayor intensidad de uso de la mano de obra con respecto al capital. En este sentido, la pesca artesanal es una fuente importante de generación de empleo anual y, por ende, una barrera de contención de la emigración campo-ciudad. De allí nuestro interés en presentar algunos indicios que expliquen la estructura y dinámica del mercado laboral pesquero.

Para analizar el mercado laboral pesquero, es necesario calcular el valor de la inversión en embarcaciones, motores y artes de pesca, componentes indispensables para conformar una unidad pesquera. El valor unitario de cada elemento se establece a partir de los precios entregados por tres fuentes: almacenes especializados en la venta de equipos de pesca; fabricantes de embarcaciones de fibras de vidrio; y los datos señalados por los pescadores

propietarios de los equipos. Con los valores de las dos primeras fuentes se estima el capital pesquero total de cada caleta en la actualidad y se obtiene esos precios para los equipos comprados en años anteriores. Esta información se ajusta con los datos proporcionados por los dueños. El valor unitario así calculado nos permite estratificar las unidades pesqueras según el monto de inversión en los tres componentes. Cuando los dueños poseían más de una embarcación se calcula el capital pesquero por dueño, para rescatar la importancia de la multipropiedad en la capitalización.

Así mismo sin lugar a dudas la pesca industrial es igual de importante, porque igual requiere de mano de obra, sea capitán, tripulación y maquinistas, y su producto es siempre obtenido y entregado al mercado sea nacional o internacional, a través de exportaciones, lo que significa para el país una fuente importante laboral así como una fuente económica importantes; y es que, sin la pesca industrial, no habría empacadoras, exportadores, ni despachadores de aduanas, y por ende no habría mano de obra humana en esos estamentos, es decir, no se trata de una actividad aislada sino complementaria y para de un engranaje económico muy importante para el Estado. Sin olvidar mencionar que alguna vez el Ecuador ya fue el primer país exportador de camarón, y este provenía de la pesca industrial.

### **viii. Organismos de Control de pesca**

Los organismos encargados del control de Pesca en el Ecuador, en el orden jerárquico y debidamente diferenciados sus marcos de competencia son: el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, la Dirección Nacional de Pesca, y la DIRNEA, (Dirección Nacional de Espacios Acuáticos), entidades de las que brevemente se describirán para tener un conocimiento más panorámico de lo que envuelve la actividad pesquera, y del control estatal sobre ella.

## **Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.**

**Misión:** El Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca es la institución rectora del multisector, para regular, normar, facilitar, controlar, y evaluar la gestión de la producción agrícola, ganadera, acuícola y pesquera del país; promoviendo acciones que permitan el desarrollo rural y propicien el crecimiento sostenible de la producción y productividad del sector impulsando al desarrollo de productores, en particular representados por la agricultura familiar campesina, manteniendo el incentivo a las actividades productivas en general.

**Visión:** Para el 2020 el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca contará con un modelo de gestión de calidad basado en sistemas de información y comunicación. Que posibiliten la producción de bienes y servicios que garanticen la seguridad alimentaria del país, el crecimiento y desarrollo equitativo, generando valor agregado con rentabilidad económica, equidad social, sostenibilidad ambiental e identidad cultural.

**Valores:** De los principios y valores éticos institucionales.- A más de los establecidos en el Código de Ética del Buen Vivir de la Función Ejecutiva las autoridades, funcionarios/as, servidores/as y trabajadores/as de la Institución, fundamentarán su accionar en los siguientes valores y principios:

1. RESPETO.- Consideración que se tiene a una persona, grupo, asociación, institución, etc. valorando sus cualidades, derechos y necesidades.

4.1.1 Demostrar un trato amable, cortés y de consideración, valorando los criterios, ideas, sugerencias de los/as compañeros/as y promoviendo la libertad de expresión en las relaciones interpersonales y sociales, que aseguren el cumplimiento de sus funciones y actividades en la Institución.

Propender a establecer ambientes armónicos, de tolerancia, comprensivos y receptivos.

Impulsar el respeto de los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de una manera racional, sustentable y sostenible.

Reconocer y considerar las diferencias étnicas, sociales, generacionales, de género, ideología y orientación e identidad sexual, en igualdad de condiciones.

Considerar el compromiso de respetar el derecho de propiedad intelectual o de información de origen en la elaboración de documentos y la reproducción de los mismos

2. COOPERACION.- Unir esfuerzos en el desempeño de las funciones y actividades que se encaminen al cumplimiento de los objetivos institucionales.

Promover y generar espacios de cooperación que busquen y permitan la ayuda y colaboración personal desinteresada, procurando cumplir las actividades y metas de las unidades administrativas.

Fomentar el trabajo en equipo y el compartimiento de experiencias, conocimiento e inquietudes, para mejorar las relaciones interpersonales y lograr el cumplimiento de los fines institucionales.

Demostrar preocupación e interés por los demás en el cumplimiento de sus actividades y funciones.

3. EFICIENCIA.- Cumplir los objetivos y metas institucionales en forma eficaz, eficiente y oportuna observando las normas administrativas y técnicas, para lo que se deberá considerar lo siguiente:

Desempeñar con responsabilidad las tareas asignadas.

Participar en eventos de capacitación y actualización de conocimientos con el propósito de mejorar el desempeño personal e institucional y producir servicios de calidad.

4. RESPONSABILIDAD.- Actitud para cumplir sus obligaciones de manera comprometida y efectiva.

Desarrollar las tareas encomendadas de manera oportuna en el tiempo establecido, con dedicación, con decisiones consientes, garantizando el bien común y con responsabilidad social y ambiental, sujetos a los principios constitucionales.

Mantener una conducta y actitud consecuente con el buen nombre y transparencia del Ministerio.

5. HONESTIDAD.- Ejecutar las actividades y funciones de una manera clara y transparente en sus acciones, en el que se evidencie los conceptos de veracidad de sus actos, donde prime la justicia, equidad y apego al orden jurídico.

Ser recto y decente en las acciones.

Buscar el beneficio de la sociedad, sin propender al aprovechamiento de los bienes y recursos institucionales en beneficio propio o de terceros.

6. LEALTAD.- Actuar con fidelidad en el marco de los principios, valores y objetivos de la entidad y garantizando los derechos individuales y colectivos.

Ser propositivos en el desempeño de sus funciones, asumir el trabajo con responsabilidad, generando productos de calidad y respaldando las acciones positivas de los demás.

Defender la institucionalidad del MAGAP.

Guardar confidencialidad respecto a la información de la entidad y en caso de conflicto de intereses abstenerse de opinar de e los asuntos y velar por el buen nombre de la institución, dentro y fuera de ella.

### **Instituto Nacional de Pesca**

**Misión:** Brindar servicios y asesoramiento al sector pesquero-acuícola a través de la investigación y evaluación científica-técnica de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas para su manejo sustentable y para el aseguramiento de la calidad e inocuidad de los productos pesqueros y acuícola en todas sus fases de producción que como Autoridad Competente le corresponde.

**Visión:** Institución líder en la investigación científica-técnica aplicada al uso sustentable de los recursos hidrobiológicos de la región del Pacífico Sudeste y en la prestación de servicios, como ente de referencia nacional e internacional en las acreditaciones y certificaciones del sector pesquero-acuícola.

**Objetivos:** Realizar investigaciones científicas y tecnológicas de los recursos bioacuáticos, basada en el conocimiento del medio ambiente y de los organismos que lo habitan con la finalidad de evaluar su potencial, diversificar la producción, propender al desarrollo de la actividad pesquera y lograr su óptima y racional utilización.

Prestar asistencia científica y técnica a las actividades relacionadas con la investigación de los recursos bioacuáticos y sus actividades conexas.

## **La Dirección Nacional de los Espacios Acuáticos: DIRNEA**

El antecedente de la Autoridad Marítima Nacional lo constituye la inspección de la Marina Mercante, creada mediante Decreto No. 116 del 25 de Enero de 1951, publicado en el Registro Oficial No. 735 del 9 de Febrero de 1951. Mediante Decreto Ejecutivo No. 2145 del 17 de Diciembre de 1959, se promulgó el Reglamento de Trámites en la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral y Capitanías de Puerto de la República, en el cual, se le otorga atribuciones y competencias para el control de las naves, personal mercante y las zonas de playas y bahías.

En la Ley General del Transporte Marítimo y Fluvial, expedida el 21 de Enero de 1972, publicada en el registro Oficial No. 406 del 01 de febrero de 1972, asimismo, se otorga a la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, competencias para velar por la aplicación de las normas internacionales o tratados de los que el Ecuador sea signatario, control del transporte y tráfico marítimo, de las naves y del personal de la Marina Mercante; y, con la Ley General de Puertos, publicada en el Registro Oficial No. 67 del 15 de Abril de 1976, se otorgó competencias para el control de las Autoridades Portuarias y Terminales Privados.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 8 del 15 de Enero del 2007, publicado en el Registro Oficial No. 18 del 8 de Febrero del 2007, se creó el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y se dispone que la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, tendrá bajo su cargo y responsabilidad la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral (DIGMER).

Con Decreto Ejecutivo No.1111 del 27 de Mayo del 2008, publicado en Registro Oficial No. 358 del 12 de Junio del 2008, se creó la DIRECCION NACIONAL DE LOS ESPACIOS ACUATICOS (DIRNEA), como Autoridad Marítima Nacional, dependiente de la Comandancia General de Marina, estableciéndose en el Art. 3 sus competencias, atribuciones y funciones, entre las cuales está el control, orientación y mantenimiento de las Capitanías de Puerto, Cuerpo de Guardacostas, Secretaría Ejecutiva de Protección Marítima y Escuela de Marina Mercante Nacional; y se dispuso que la Subsecretaría de Puertos asuma las funciones y atribuciones como Autoridad Portuaria Nacional y de Transporte Marítimo y Fluvial.

El Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, con Resolución No. 021/08 del 4 de Noviembre del 2008, publicada en el registro Oficial No. 478 del 01 de Diciembre del 2008, en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 4 del Decreto Ejecutivo No. 1111, determinó que la Dirección Nacional de los Espacios Acuáticos asumirá las funciones y atribuciones que eran ejercidas por la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral como Autoridad Marítima Nacional, indicándose en el Art. 2 los principales cuerpos legales que otorgan esas competencias.

El Código de Policía Marítima, publicado en el Registro Oficial No. 1212 del 20 de agosto de 1960 y sus reformas, es el cuerpo legal en el cual se establecen las obligaciones, atribuciones y competencias a las autoridades marítimas para el control de las naves, la navegación, el personal de la Marina Mercante Nacional y el control y prevención de la contaminación de las costas y aguas nacionales producida por hidrocarburos, playas y bahías.

En la Ley de Régimen Administrativo de los Terminales Petroleros, publicada en el Registro Oficial No. 288 del 4 de Marzo de 1977, establece que las Superintendencias de los Terminales Petroleros dependerán administrativa y financieramente de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, se les concede las atribuciones determinadas para las Capitanías de Puerto, según el Código de Policía Marítima.

## **DIRNEA**

**Misión:** Gestionar la seguridad integral de los espacios acuáticos, mediante la planificación de operaciones de control de las actividades marítimas y fluviales, seguridad en la navegación, seguridad de la vida humana en el mar y colaborar en el control del medio ambiente marino costero; a fin de contribuir a la defensa de la soberanía y la integridad territorial; y, con su contingente apoyar al desarrollo nacional y la seguridad pública y del estado.

Una vez verificada la institucionalidad estatal respecto a la actividad pesquera, no es menos importante y de hecho es relevante conocer a breves rasgos la evolución legislativa a nivel de este tema, por lo que se describirá a continuación la historia de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero:

- a) Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, publicada en el Registro Oficial No. 497, de fecha 19 de febrero de 1974, y derogada el 11 de mayo de 2005.
- b) Codificación a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, publicada en el Registro Oficial No. 15, de fecha 11 de mayo de 2005, y última reforma fue el 17 de mayo 2007.

## **Glosario**

Es de anotar que para mayor ilustración se transcribirá los términos y definiciones que servirán para el análisis que se realiza en este trabajo:

Administración Ambiental.- Es la organización que establece un Estado para llevar a cabo la gestión ambiental. Comprende la estructura y funcionamiento de las instituciones para orientar y ejecutar los procesos, la determinación de procedimientos y la operación de las acciones derivadas.

Aprovechamiento Sustentable.- Es la utilización de organismos, ecosistemas y otros recursos naturales en niveles que permitan su renovación, sin cambiar su estructura general.

Áreas Naturales Protegidas.- Son áreas de propiedad pública o privada, de relevancia ecológica, social, histórica, cultural y escénica, establecidas en el país de acuerdo con la ley, con el fin de impedir su destrucción y procurar el estudio y conservación de especies de plantas o animales, paisajes naturales y ecosistemas.

Auditoría Ambiental.- Consiste en el conjunto de métodos y procedimientos de carácter técnico que tienen por objeto verificar el cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente en obras y proyectos de desarrollo y en el manejo sustentable de los recursos naturales. Forma parte de la auditoría gubernamental.

Calidad Ambiental.- El control de la calidad ambiental tiene por objeto prevenir, limitar y evitar actividades que generen efectos nocivos y peligrosos para la salud humana o deterioren el medio ambiente y los recursos naturales. Conservación.- Es la administración de la biosfera de forma tal que asegure su aprovechamiento sustentable.

Contaminación.- Es la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellas, en concentraciones y permanencia superiores o inferiores a las establecidas en la legislación vigente.

Control Ambiental.- Es la vigilancia, inspección y aplicación de medidas para mantener o recuperar características ambientales apropiadas para la conservación y mejoramiento de los seres naturales y sociales. Costo Ambiental.- Son los gastos necesarios para la protección, conservación, mejoramiento y rehabilitación del medio ambiente.

Cuentas Patrimoniales.- Es el inventario valorativo que se hace en un país o región, de las reservas, riquezas y elementos naturales, traducidos en recursos para el desarrollo.

**Daño Ambiental.- Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.**

**Daños Sociales.- Son los ocasionados a la salud humana, al paisaje, al sosiego público y a los bienes públicos o privados, directamente afectados por actividad contaminante.**

**Derechos Ambientales Colectivos.- Son aquellos compartidos por la comunidad para gozar de un medio ambiente sano y libre de contaminación. Involucra valores estéticos, escénicos, recreativos, de integridad física y mental, y en general de la calidad de vida.**

Desarrollo Sustentable.- Es el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implica la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones.

Diversidad Biológica o Biodiversidad.- Es el conjunto de organismos vivos incluidos en los ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y del aire. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas.

Ecosistema.- Es la unidad básica de integración organismo - ambiente, que resulta de las relaciones existentes entre los elementos vivos e inanimados de un área dada.

Estudio de Impacto Ambiental.- Son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas.

Evaluación de Impacto Ambiental.- Es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada. Tiene dos fases: el estudio de impacto ambiental y la declaratoria de impacto ambiental. Su aplicación abarca desde la fase de prefactibilidad

hasta la de abandono o desmantelamiento del proyecto, obra o actividad pasando por las fases intermedias.

Gestión Ambiental.- Conjunto de políticas, normas, actividades operativas y administrativas de planeamiento, financiamiento y control estrechamente vinculadas, que deben ser ejecutadas por el Estado y la sociedad para garantizar el desarrollo sustentable y una óptima calidad de vida.

**Impacto Ambiental.- Es la alteración positiva o negativa del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en una área determinada.**

Información Ambiental.- Es toda la información calificada que procesa la red nacional de información y vigilancia ambiental. La información ambiental se sustenta en sistemas de monitoreo y otras acciones de inspección y vigilancia; es de carácter público y debe difundirse periódicamente.

Instrumentos de Gestión Ambiental.- Para efectos de esta Ley constituyen los mecanismos de orden técnico, jurídico, o de otro tipo conducentes a lograr racionalidad y eficiencia en la gestión ambiental. A través de los instrumentos técnicos y legales se establecen las obligaciones de las personas respecto al medio ambiente.

Incentivos.- Instrumentos de tipo económico, establecidos en leyes y reglamentos para favorecer el cumplimiento de las normas ambientales.

Interés Difuso.- Son los intereses homogéneos y de naturaleza indivisible, cuyas titulares son grupos indeterminados de individuos ligados por circunstancias comunes.

Legitimación.- Es la capacidad que la ley confiere a una persona para presentar acciones en una sede administrativa o judicial, o ser considerado como parte de ellas, en defensa de intereses propios o de la colectividad.

Licencia Ambiental.- Es la autorización que otorga la autoridad competente a una persona natural o jurídica, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. En ella se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario debe cumplir para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente.

Medio Ambiente.- Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones.

Mejoramiento.- Es el incremento de la capacidad de un ecosistema o de una población para satisfacer una función particular o para rendir un producto determinado.

Ordenamiento del Territorio.- Es la organización dirigida a la coordinación administrativa, a la aplicación de políticas sectoriales, al logro del equilibrio regional y a la protección del medio ambiente. Este proceso, programa y evalúa el uso del suelo y el manejo de los recursos naturales en el territorio nacional y en las zonas sobre las que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción.

Precaución.- Es la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

Preservación de la Naturaleza.- Es el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a asegurar el mantenimiento de las condiciones que hacen posible el desarrollo de los ecosistemas.

Protección del Medio Ambiente.- Es el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a prevenir y controlar el deterioro del medio ambiente. Incluye tres aspectos: conservación del medio natural, prevención y control de la contaminación ambiental y manejo sustentable de los recursos naturales. La protección ambiental, es tarea conjunta del Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y sector privado.

Recursos Naturales.- Son elementos de la naturaleza susceptibles de ser utilizados por el hombre para la satisfacción de sus necesidades o intereses económicos, sociales y espirituales. Los recursos renovables se pueden renovar a un nivel constante. Los recursos no renovables son aquellos que forzosamente perecen en su uso.

Reposición.- Es la acción de reponer el medio ambiente o uno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado; o en caso de no ser ello posible restablecer sus prioridades básicas.

Restauración.- Es el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada.

Sector.- Para efectos de la gestión ambiental se considera sector al área de gestión relacionada con la conservación de los ecosistemas y la biodiversidad, integración del patrimonio genético, control y prevención de la

contaminación ambiental, aprovechamiento de los recursos naturales, ambiente humano, desarrollo de actividades productivas y de servicios, mitigación de riesgos y desastres naturales antrópicos y otros.

Subsistema de Gestión Ambiental.- Está conformado por organismos y entidades de la administración pública central, institucional y seccional, que individual o conjuntamente se encargan de administrar sectores específicos de la gestión ambiental, tales como: el manejo de los recursos de agua, aire, suelo, fauna y biodiversidad, dentro de los principios generales que rige el Sistema de Gestión Ambiental.

Tecnologías Alternativas.- Aquellas que suponen la utilización de fuentes de energía permanente, ambientalmente limpias y con posibilidad de uso generalizado en lugar de las tecnologías convencionales.

Valor Ecológico de los Recursos Naturales.- Es el valor económico que el Estado asigna a los recursos naturales y que constarán en cuentas especiales, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas. Las disposiciones de esta Ley, sus reformas y derogatorias están en vigencia desde la fecha de las correspondientes publicaciones en el Registro Oficial. (subrayado y negrillas fuera de texto) (Ley de Gestión Ambiental, 2004)

### **III. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**

#### **a. Principio de Legalidad**

Es importante reconocer que la legalidad como tal ha atravesado un desfase entre el derecho positivo tal como se desarrolla y los conceptos clásicos (FAVOREAU, 2000), y, una evidente mutación acorde al escenario que se erige desde el paradigma constitucional diseñado en Montecristi en el 2008.

La Constitución de la República del Ecuador, gestada en Montecristi ha generado un amplio debate respecto de si el neoconstitucionalismo nace en la Constitución de 1998 o surge bajo el espectro de un cambio social que se levanta desde principios constitucionalizados o el mejor llamado canon neoconstitucional, que tal como sostiene (Patricio Pazmiño Freire, 2010) se estructuró bajo un esquema de transformación de la carta fundamental de extirpe legalista, en un texto normativo vinculante.

Y es, pues, que ésta corriente que define sus rasgos más notables a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, nos dan un registro que es a partir de esta línea histórica que este constitucionalismo contemporáneo no ha permanecido estático, (Miguel Carbonell, 2003), afirma con total lucidez que son dos los momentos que deberán ponerse en el escenario de investigación, por una parte su fenómeno evolutivo que deviene en la construcción de un pensamiento que construye el ejemplo del Estado Constitucional y así como también lo que incluye el término de neoconstitucionalismo, desde su dimensión teórica.

El insumo sustancial de esta investigación es introducir un estudio minucioso respecto de los debates que ha generado este tema y sistematizar los ejes temáticos que ponen al Ecuador, dentro de la contienda intelectual con voz propia. La constitución se presenta como un ejercicio legítimo de cambio donde los roles de los actores sociales contemplan un verdadero escrutinio ciudadano, y, es así que la ciudadanía eleva su sentido y su voz que subyace de un fervor cívico de ser parte del proceso-país de los cómo? Y por qué? Esta activación de poder constituyente ubica a la constitución en palabras de (Jorge Baquerizo Minuche , 2011) “como el vértice de la pirámide jerárquica y su propia identidad es la que imprime la del sistema jurídico entero”, y, con ello se refleja la fractura con el concepto de ley como centro ideal e inapelable del sistema jurídico, así la Constitución desde el artículo 1: [*“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”*], se escinde del positivismo normativo que nos ha acompañado en 19 Constituciones, detonando un seria *crisis de legalidad*, que plantea nuevas concepciones sobre principios y valores que optimizan la tutela y protección de los derechos fundamentales como ejes rectores. Ante ello, (Jorge Zavala Egas , 2013) nos dice en total identificación y convergencia que la

significación de un “Estado constitucional de derechos, no es otro que la afirmación de los derechos humanos como axioma de nuestro sistema jurídico. Lo que expresa es que no hay Derecho sin que sus preceptos de conducta los desarrollen y son la antítesis de éste los que lo desconozcan o vulneren”. Es decir, no se puede concebir un derecho que no ancle todas las garantías que legitimen a los derechos humanos como el más alto valor.

Ante esta confluencia de ideas es importante hacer un recuento histórico que nos ubique en el hoy de los derechos, y, justamente es lo que busca esta modesta investigación sobre la reivindicación de la Teoría de Estado como teoría Constitucional del Estado, estos fundamentos que no aparecen subrepticamente con la Constitución del 2008, ya que, se gestan en el continuado ejercicio de descubrimiento del pensamiento moderno, el neoconstitucionalismo se delimita con mucha fuerza en un contexto ecuatoriano muy enriquecedor.

El neo constitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia y, más tardíamente a partir de mil novecientos setenta y ocho, España. Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neo constitucionalismo.

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década del 90, hacia América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la constitución de mil novecientos noventa y la, a veces sorprendente, jurisprudencia de su tribunal constitucional), los ex países comunistas (por ejemplo, Hungría) y otros estados como Sudáfrica, India y Turquía, por la importancia que van adquiriendo dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales. Ello supone una transformación

importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por eso, especialmente para sus partidarios, el neoconstitucionalismo es una corriente europea pero en proceso de expansión global.

El neo constitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos. En cambio no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica”. Su meta no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo), como afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos. El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la constitución como norma que organiza el sistema institucional de un estado, sino, fundamentalmente, su sistema normativo.

Es importante para este trabajo hacer una precisa disgregación respecto del escenario en el que nos encontramos a partir de esta ebullición jurídica de la que somos parte, puesto como lo establece el Art. 1 de la Constitución de la República el mismo que categoriza al Estado Ecuatoriano como CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA, esta acepción trae implicaciones que deben ser pormenorizadas y en ese sentido (Gustavo Zagreblesky, 2003) sostiene con total claridad que, en el hoy de la época, las sociedades pluralistas actuales –es decir las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de la vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas para el compromiso constitucional.

El pensamiento de Zagrebelsky es absolutamente aplicable a nuestro caso, pues, la Constitución como tal ha adquirido un progresivo afianzamiento en la formulación de derechos y garantías plenamente justiciables, construyendo con ello un ejemplo en nuestra sociedad donde la tutela y la protección de los derechos fundamentales son indiscutibles protagonistas de la concepción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Pues bien estos cambios-procesos deben inducir a pensar en que su propósito principal es dotar de eficacia a los derechos fundamentales y estos configuran a su vez vínculos que fracturan la noción del positivismo jurídico que suponía una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho -esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la Ley.

Es decir, este modo de ver, entender y vivir el derecho reducía a un solo espacio la actividad de los juristas, esto es, a la pura y simple voluntad del legislador del Gobierno de turno. Lo que conlleva a entender perfectamente la apropiada afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura, tal como lo afirma (Julio Von Kirchmann, 1847)

Es por ello que el siglo XX intenta con lucidez e imbatiblemente que esta era constitucionalista reproduzca en el imaginario social constituciones que pongan remedio a los efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto contener orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo.

La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido. Es decir, generar una construcción específica respecto de la período reivindicativo del que somos parte y cuyo resultado lo que genera como tal es una garantía, reconociéndolas como instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, con el objeto de que dispongan del

medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho; así, las garantías están dadas para amparar los derechos, y, esa omnipresencia tutelar a la que llamamos neoconstitucionalismo.

(José García Falconí, 2011), define a las garantías como los medios o instrumentos jurídicos establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos, es decir, estas garantías son previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por lo tanto sirven de freno contra la arbitrariedad y la ilegalidad. Ambas definiciones son útiles pues explican las expectativas de las constituciones contemporáneas.

(Luis Cueva Carrión, 2014), explica en torno al constitucionalismo que “el propósito de esta corriente formada dentro del Derecho Constitucional aspira a dotar al Estado de mejores herramientas jurídicas para perfeccionarlo, para ello somete a todo el poder estatal al Derecho, donde la constitucionalidad prime sobre la legalidad y a la jurisdicción constitucional la ubica como primera y última instancia de la vida jurídica, a fin de que el Estado actual pase a convertirse en paradigma del Estado constitucional; es decir, aspira a una verdadera revolución político-jurídica para insertarse dentro de un nuevo orden jurídico cuyos pilares fundamentales son: la defensa radical de la dignidad, de igualdad, de la justicia, de la solidaridad de las personas y el establecimiento de una seguridad jurídica de mejor calidad, porque se considera que sobre estos postulados el nuevo Derecho denominado Derecho global.”, dentro de ese contexto el diccionario jurídico Espasa, define a la constitucionalidad de las leyes, como “adecuación formal y material de las leyes a lo establecido por la Constitución. El origen remoto de este concepto se halla en la tesis iusnaturalista de sometimiento del derecho positivo al derecho natural...”

El sistema jurídico está conformado por normas o preceptos de conducta de carácter coercitivo, es decir que pueden ser impuestos o aplicados contra la voluntad de los ciudadanos.

## **b. Marco Legal**

Hablar de constitucionalismo contemporáneo nos lleva ineludiblemente a pensar que con el paso del tiempo no ha permanecido como un modelo estático sino más bien ha evolucionado en muchos sentidos hasta transformarse en

lo que hoy llamamos Neoconstitucionalismo. Tener presente estos fenómenos evolutivos nos permite aproximarnos al real alcance del paradigma de Estado Constitucional que subyace claramente de la idea primigenia de neoconstitucionalismo y lo que conforma una teoría del derecho que se sigue bordando en esta era estableciendo características positivas y esperanzadoras que esperó con gran expectativa pueda convivir con la realidad para que este modelo no sea solamente una metateoría utópica o platónica sino que más bien impregne todos los sectores sociales.

Esta nueva y revolucionaria forma de concebir el sistema jurídico donde los derechos fundamentales marcan el orden del día como instrumentos transformadores y reales mecanismos de efectivas garantías haciendo que las constituciones hablando de manera general e incluyendo a la nuestra contengan en su normativa un orden social que se aproxime de manera tangible a resolver el cómo del Estado ya que su esencia material es una fiel traducción de todos los convenios internacionales e instrumentos de derechos humanos que existen y como país hemos suscrito siendo en ese sentido el órgano que permite esa fiel plasmación son los jueces en general y la corte constitucional en particular.

En este aspecto el neoconstitucionalismo adquiere una triple dimensión que a decir de ilustre español Juan Antonio García Amado, son tres: “Ontológico, derivado a afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de pensar que sólo los jueces o prioritariamente sólo los jueces y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra legem que será decisión pro constitución, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional.” (Carbonell, 2010)

El neo constitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Con el neo constitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neo constitucionalismo interesa casi más a los filósofos del Derecho y a los que se ocupan de la Teoría del Derecho, que a los propios constitucionalistas.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neo constitucionalismo era el positivismo jurídico. De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el positivismo sólo pre-tendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

### **c. Marco legal y Derecho Comparado**

Las normas jurídicas, de preceptos jurídicos se ordenan aplicando el principio de jerarquía, normas de mayor rango a normas de menor rango.

El Art. 272 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos resoluciones y otros actos de los poderes públicos y no tendrán valor si de algún modo estuvieren con sus disposiciones y o tendrá valor si de algún modo, estuvieren en

contradicción con ello o alteren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”

Ante estas precisiones (Jorge Zavala Egas, 2010) manifiesta “...La constitución es como regla o norma suprema lo que confiere validez a las demás normas incluidas las individualizadas que derivan de las sentencias judiciales y mucho más allá de ella deriva el poder que ejercen las autoridades por ella instituidas por ello para Kelsen la soberanía emana del sistema normativo, del ordenamiento jurídico y solo en su titular el pueblo en el sentido político de la concepción..” ahora bien existe otro principio concomitante al de supremacía y es el de legitimidad.

La Constitución de la República en sus Art. 163 dice: “JERARQUIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- las normas contendidas e los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados, en el registro oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la república y prevalecerá sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

Por lo dicho de las normas o preceptos de menor rango jamás tendrán valor jurídico si contradicen la de mayor rango así mismo la normas de menor rango adquirieron validez o valor jurídico porque se los concede las de rango superior.

Así también se crea un espectro de Constitución que como afirma Zagrebelsky, en la parte final de su ensayo ya citado “la constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente, y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbre lo mismo que aspiraciones de futuro. Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quiere salvaguardar y enriquecer (...) pasado y futuro se ligan en una única y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional, de esta manera

podemos establecer un acercamiento tangible gramatical, semántico, ontológico de los derechos humanos como “instrumentos vivos” de nuestra sociedad.

Los acontecimientos históricos que sucedieron en el mundo motivaron una nueva visión del concepto constitucional, distinto al proveniente de las revoluciones burguesas; por ejemplo la Segunda Guerra Mundial cambia la estructura del Estado Liberal, dando lugar de un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho que garantiza y protege los derechos y libertades fundamentales de las personas.

Actualmente, la Constitución según la doctrina del Derecho Constitucional, se divide en:

1. El preámbulo: contiene de manera solemne la introducción que es de carácter explicativo del pasado y del futuro, y que justifica la legitimidad del nuevo texto constitucional a diferencia del anterior; y, se explican los objetivos del nuevo orden constitucional que se propone alcanzar en su desarrollo constitucional.
2. La parte dogmática: contiene las normas supremas que tratan de los principios, valores, derechos, libertades y garantías que tienen las personas individuales y colectivas; es decir conocer y estudiar los derechos de las personas y de su protección.
3. La parte orgánica: establece la organización del Estado, de sus instituciones, órganos y funciones Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; la organización territorial seccional dependiente y autónoma, y régimen especial de las Islas Galápagos. También trata de la norma del sistema económico, la planificación, el régimen tributario y presupuestario, la organización del Banco Central y otros, en el caso de la Constitución ecuatoriana.
4. La fórmula de revisión: los medios para promover las reformas y actualización de la Constitución deberán constar en el texto constitucional.
5. El apéndice: contiene normas complementarias, interpretativas, disposiciones transitorias y/o finales, fecha en la que entra en vigencia y otras.

La Constitución es una Ley Suprema y se fundamenta en un gran pacto social y democrático basada en el pueblo que es soberano y que tiene la finalidad

de velar por el bienestar de todos los ecuatorianos; consagra derechos y libertades públicas y organiza los poderes y el Estado mismo con el objetivo de garantizar la libertad y derechos de las personas individuales y colectivas.

Haciendo una disgregación del momento histórico (Zavala, 2013) , en su trabajo sobre este tema, señala tres cambios radicales que contiene la constitución del 2008 en relación a la de mil novecientos noventa y ocho.

1. Los derechos constitucionales no obstante ser normas-principios de rango jerárquico supremo, no pasaban de ser garantías subjetivas de libertad dirigidas fundamentalmente al Ejecutivo, sin embargo no al legislador.
2. Estos porque el único intérprete auténtico de la normativa constitucional era el legislador y,
3. En consecuencia, no existía la función objetiva de los derechos como normas-principios que rigiesen sobre el legislador y la ley. Más bien esa realidad objetiva de los derechos se concretaba siempre a través del legislador y de la ley y no desde la Constitución

Además de lo anteriormente expuesto, se transcribe un extracto del Tribunal Constitucional de Colombia, (Colombia, 1995) en la que se detallan los parámetros interpretativos utilizados por este órgano:

Sentencia No. T-425/95. PRINCIPIO DE LA UNIDAD CONSTITUCIONAL-Colisión entre normas constitucionales. Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. PRINCIPIO DE ARMONIZACION-Colisión entre derechos constitucionales El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De

conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad.

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Límites al ejercicio de los derechos.** En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

**PRINCIPIO DE PONDERACION-Colisión entre derechos constitucionales.** En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige

de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

En este aspecto, el razonamiento que realiza el profesor (Comanducci, 2007), es el más acertado, cuando señala en su obra refiriéndose a lo que él denomina el neoconstitucionalismo ideológico, una corriente que “subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales-podríamos en este sentido hablar de “neo constitucionalismo de los contra poderes-,” destacando las nuevas obligaciones que se imponen a los órganos de creación de leyes y de normas, así como a los de aplicación de la ley, para que sus decisiones garanticen los derechos fundamentales previstos en la norma suprema.

Guastini, nos muestra el marco conceptual de lo que se entiende por “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, siendo éste un proceso de transformación al término del cual “resulta totalmente <<impregnado>> por las normas constitucionales”, porque la ley fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.

Dentro de ese contexto nos muestra las diferencias entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo está, estableciendo de éste último que la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco”<sup>11</sup> que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas.

Así, la constitucionalización no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la constitución, sino más bien que es multívoca.

---

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo; <<El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia>>. TROTTA, 1997 MADRID, Pág. 45

La rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución son, para Guastini (Guastini R. , 2007), los primeros elementos que contribuyen a este fenómeno:

1) **Fuerza vinculante de la Constitución.** El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la constitución, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos; pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes. Esto es particularmente relevante para las llamadas “disposiciones programáticas” —como las que expresan los derechos sociales— que tradicionalmente se vieron como simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos, a las que hoy se les reconoce un “contenido mínimo” como ha expresado el Tribunal Constitucional español.

2) **Sobreinterpretación constitucional.** Es una modalidad hermenéutica consiste en otorgar a un texto un significado ulterior al que originalmente previera su autor, y por eso supera la lectura meramente literal y adopta una calidad extensiva.

Apunta Guastini que cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos o indiferentes al derecho constitucional: toda decisión jurídica está prerregulada por una u otra norma constitucional. En sentido a que dándole una interpretación más amplia a la norma constitucional, se pueden cubrir todas las demás normas secundarias, en este aspecto Carbonel al citar al autor italiano señala que “dándole una interpretación más extensiva a la norma supera lo literal”, de igual modo el autor

3) **Aplicación directa de las normas constitucionales.** Esta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones:

a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y

b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el

constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional. La normatividad de la Constitución se impone también a los gobernantes y la constitucionalización se traduce aquí por lo que uno podría llamar la "puesta en efectividad" de las disposiciones del texto constitucional<sup>12</sup>.

4) **Interpretación conforme de las leyes.** Guastini (Guastini R. , 2007)apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.

La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto. Desde luego, la "interpretación conforme" también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez debe preferir ésta, totalmente PRO-HOMINE.

**5) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.** La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes:

 Que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;

 Que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de self-restraint frente a lo que en alguna época se ha llamado las " political questions", sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional;

---

<sup>12</sup> LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. Louis Joseph Favoreu



Que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

La exposición anterior corrobora que esta "invasión" del derecho constitucional en el ordinario y en el proceso político no sólo implica la simple supremacía constitucional sino también, como afirman Schuppert y Bumke, "se relaciona con el desarrollo de las funciones constitucionales y con la concepción constitucional de los actores participantes", es decir, se configura una más renovada cosmovisión del derecho como tal.

La expresión "constitucionalización del orden jurídico", en el sentido en que lo ha abordado esta investigación da cuenta de un proceso-histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, y como ya hemos mencionado es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho.

Es ineludible, al integrar este pensamiento académico y no situar la debacle del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma post-positivista. Es notorio reconocer la transición del paso del imperio de la ley a la constitucionalización de los órdenes jurídicos, y otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio.

En este sentido, no son pocos los autores críticos con esta evolución y con esta deriva del constitucionalismo. Estos autores vienen a sostener que, en realidad, estos desarrollos están poniendo en crisis al Estado de Derecho mismo. Consideran que se están debilitando las exigencias normativas derivadas del gobierno de las leyes y que, en consecuencia, se está retrocediendo hacia esquemas platónicos pero de la cultura jurídica se observa una división entre aquellos que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos exigen la formulación de un nuevo paradigma teórico, y aquellos otros que niegan tal necesidad.

Es decir, la cuestión estriba en establecer si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que

proceder a una revisión o no del paradigma teórico que se fraguó en torno a la idea de "imperio de la ley".

No hay que redefinir la defensa del derecho objetivo como tal sino más bien en aportar los cambios que supone la constitucionalización cuantitativamente o marcar las diferencias que distinguen un paradigma del otro.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido en varias sentencias a la dimensión formal del principio de legalidad. Así por ejemplo, en la sentencia T-751A de 1999, la Corte Constitucional, estimó: “...*Las garantías constitucionales imprimen transparencia a las actuaciones y en general a todas las actividades públicas, por lo tanto, el señalamiento de diversas etapas procedimentales han sido previamente determinadas (sic) por lo que la Ley, cuyo propósito esencial es el de equilibrar las cargas procesales entre los sujetos que concurren a una diligencia judicial. Por ellos, los ciudadanos, sin distinción alguna, deben gozar al máximo de las garantías jurídicas en relación con las actuaciones tanto administrativas como judiciales encaminadas a las observancias del debido proceso...*” En ese orden de ideas, continua la Corte, la función de administrar justicias está sujeta al imperio de lo jurídico; es decir, sólo puede ser ejercida por dentro de los términos establecidos con antelación por las normas generales y abstractas que vinculan positiva o negativamente a los servidores públicos. (Bernal Pulido, 2005)

La ley, en tanto tiene efectos jurídicos, obligando en conciencia, sólo puede ser dictada por quien tiene autoridad para ello. En este sentido, TOMAS DE AQUINO sostuvo que: "La ley propiamente dicha tiene por objeto primero y principal el orden al bien común. Pero ordenar algo al bien común corresponde, ya sea a todo el pueblo, ya a alguien que haga sus veces. Por tanto, la institución de la ley pertenece, bien a todo el pueblo, bien a la persona pública que tiene el cuidado del mismo. Porque también en cualquier otro ámbito de cosas el ordenar a un fin compete a aquél de quien es propio este fin" (Maqueda, 2010).

El segundo de los principios integradores del debido proceso, consagrados en la Constitución, es el principio de legalidad. Este artículo lo define en los

siguientes términos. “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa”. Esta consagración constitucional del principio de legalidad que se refiere específicamente al ámbito penal, que, como es bien sabido, es el espectro en el que conoció sus orígenes dentro del Estado de derecho, aunque luego se amplió a otros múltiples terrenos, señaladamente aquellos que tienen un carácter sancionatorio. (Bernal Pulido, 2005)

## **PRINCIPIO DE IGUALDAD**

La igualdad es un concepto dinámico, complejo y polémico. (Laporta, 2002) señala que la igualdad, “no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y sus límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes. El mismo se refiere al concepto de igualdad señalando, su “vaguedad innata”, ello unido a las constantes variaciones que ha sufrido en cuanto a su acepción, contenido y relevancia social a lo largo de la historia, la multiplicidad de contextos en los que incide, hace que esta labor de concreción se encuentre como inacabada”.

Desde el nacimiento del Estado constitucional ha figurado como cimiento de dicho modelo de Estado, así lo afirma la Constitución estadounidense de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que tienen como objeto de su ordenamiento jurídico, declarar el principio de igualdad: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

### **Dimensiones del Principio Constitucional de Igualdad**

El principio Constitucional de igualdad se estructura sistemáticamente en torno a tres dimensiones:

**a) Dimensión liberal**, conlleva la idea de igualdad en la aplicación y en la creación del Derecho. Se ha vuelto clásica en la teoría el criterio de (Alexi, 2001), al señalar que el Tribunal Constitucional Federal:

Interpretó el principio de igualdad no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también de la igualdad en la formulación del derecho. La primera exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y en ningún caso que no caiga bajo él. La segunda, exige que todos sean tratados igual por el legislador.

Por tanto, las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas, en el entendido que toda diferenciación normativa de trato no puede carecer de una justificación razonable apoyada en criterios objetivos y constitucionalmente relevantes;

**b) Dimensión democrática**, rescata el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y el acceso a las funciones y cargos públicos;

**c) Dimensión social**, cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, culturales, sociales) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos.

En estas dimensiones de la igualdad subyace la prohibición de discriminación: en la liberal, porque propicia la creación razonable y la aplicación no arbitraria del derecho; en la democrática, porque impide a ciertas minorías o grupos sociales desventajados quedar aislados y sin voz; en la social, porque exige la adopción de ciertas medidas positivas.

## **DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS NORMATIVOS Y SENTENCIAS**

El conocimiento humano nace del cuestionamiento de ideas de orden filosófico e inclusive experimental, mediante el cual se busca la verdad de las cosas,

entendiéndose esa verdad, como aquello comúnmente aceptado por la mayoría de personas, porque es sabido que, la verdad absoluta no existe. Más aún cuando se trata de tema de resolución de conflictos, en la cual los intervinientes se creen que tienen más derechos sobre otro, y le corresponde a un tercero imparcial llamado Juez, decidir sobre aquello, teniendo un poder delegado por el Estado para administrar justicia, entendida como aquella función de dar a cada quien lo que necesita y le corresponde, sin afectar innecesariamente el derecho de otro.

Antes de entrar en la materia de la motivación, que no es otra cosa, que la exigencia de la humanidad por buscar un derrotero adecuado que permita entender las decisiones judiciales sin ser abogados, y que frene los posibles abusos de la función judicial, creando inclusive líneas jurisprudenciales, que obligan a los Jueces a ser uniformes en su criterio, si lo varían indicar las razones por las que se alejan del stare decisis. Lo mismo ocurre a nivel no jurisdiccional, por ende es necesario analizar los actos administrativos y normativos, que también llevan la implícita obligación de estar motivados.

En la doctrina argentina, el acto administrativo ha sido definido por Miguel MARIENHOFF, como "toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio, de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico", Julio Comadira, a su vez, lo concibe como la "declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros". Con algunas diferencias, Rodolfo BARRA lo define como "toda decisión con alcances particulares y concretos proveniente de un órgano o ente de la Administración Pública —o de los poderes Legislativo y Judicial en ejercicio de la actividad administrativa— que incide sobre la esfera jurídica de los administrados con presunción de validez y fuerza ejecutoria". Tomás

HUTCHINSON, en similar sentido, afirma que los actos administrativos son declaraciones que se presentan como "la ejercitación de una potestad administrativa que se deriva del ejercicio, por el órgano, de la función administrativa"; admite, además, que puedan ser dictados por "la propia Administración, otro órgano estatal no encuadrado en ella, o por una persona sin la condición subjetiva de Administración pública pero que actúa con 'poderes delegados' por ella. (Maqueda, 2010)

Por principio de exclusión a breves rasgos se indicaría que todo acto que no sea administrativo es normativo y viceversa, pero el tema va más allá de ese simple y precario razonamiento lógico, y es que, los efectos jurídicos de uno y otro varían, la forma en que se lo emiten varía, la forma de anularlos varía, las presunciones de legitimidad y validez varía, pues, en el uno se presume de derecho y debo probar lo contrario en juicio, en el otro si es nulo, esto opera ipso iure. El uno crea derechos o los declara, el otro, el normativo crea derecho que es parte del ordenamiento jurídico positivo. Al respecto:

Diferencias entre un acto normativo de un acto administrativo. Existen diversas diferencias entre los actos normativos y los actos administrativos, trato de esbozar algunas de ellas a continuación: La administración puede anular de oficio en cualquier tiempo los actos normativos, sin embargo, la administración no puede anular de oficio los actos administrativos declarativos de derechos, pues éstos deben de someterse al recurso de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Los actos normativos ilegales son por regla general nulos de pleno derecho, y por otro lado, los actos administrativos ilegales son por regla general anulables. La potestad normativa sólo le corresponde a aquellos órganos a quienes la ley

ha previsto específicamente, el poder de dictar actos es una cualidad general de toda la administración, es su modo normal de expresarse. Mientras el acto normativo crea derecho y se incorpora al ordenamiento, el acto administrativo es el resultado de la ejecución del derecho, es concreto, se consume o finaliza. Si se desea un nuevo cumplimiento, hay que dictar un nuevo acto. (Martínez , 2010)

Sin embargo de lo anterior utilizar un solo mecanismo diferenciador, resulta poco práctico, pues, la autonomía de cada uno de ellos se basa precisamente en el conjunto de diferencias, no en una sola, que dicho sea de paso puede semejarse, y por ende causar confusión si no se identifica claramente, el entorno global de cada uno de ellos, esto es, del acto administrativo y del acto normativo, sin perjuicio de que como se ha establecido, ambos tengan que por mandato constitucional y legal, estar debidamente motivados.

En efecto existen actos administrativos de efectos generales que deben de ser concebidos como simples actos administrativos. Este tipo de actos son aquellos que se encuentran destinados a una pluralidad indeterminada de personas, pero no se incorporan al ordenamiento jurídico. Por su parte, los actos administrativos de efectos generales, al igual que los actos administrativos se ejecutan en un caso concreto. A diferencia de lo anterior, existen también actos normativos que se caracterizan por ejecutarse una y otra vez, en cada ocasión en que la conducta de las personas se inmiscuye en su presupuesto jurídico. No puede utilizarse como criterio de diferenciación entre los actos administrativos y los actos normativos, la vieja idea de que los primeros tienen efectos particulares y los segundos tienen efectos generales, pues como se ha demostrado, existen normas

destinadas a particulares y actos destinados a la generalidad. Los actos administrativos de efectos generales, siendo un tipo de actos administrativos, tienen sus mismos mecanismos de impugnación. El artículo 436 numeral 4 de la Constitución de la República cuando se refiere a actos administrativos de efectos con efectos generales no se está refiriendo a actos normativos, sino a simples actos administrativos destinados a una pluralidad indeterminada de personas. (Martínez , 2010)

Entrando en materia empecemos por revisar doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre la motivación constitucional:

- a) Es jurisprudencia firme del TCA aceptar la validez del acto administrativo aunque no se expresen en el mismo sus fundamentos (motivación), siempre que tales fundamentos surjan claramente de los antecedentes del acto, es decir, actuaciones anteriores (dictámenes técnicos, otros actos, informes, etc.). Pero para que los antecedentes sean aceptados como motivación suficiente, deben verificarse algunos requisitos, entre ellos, Que se trate de documentos generados con fecha anterior al acto<sup>17</sup> (esto parece redundante, no obstante lo cual descarta la posibilidad de agregar a los antecedentes, en etapa posterior, documentos posteriores al acto), deben permitir apreciar los hechos que determinan la conclusión (el contenido del acto)<sup>18</sup>, y debe resultar una motivación suficientemente eficaz como para conocer los verdaderos motivos que llevaron a su dictado. (Pérez, 2009)

Las características mencionadas de las constituciones contemporáneas y del constitucionalismo explican el hecho de que la apelación a la

constitución (alguna de sus normas, valores, etc) juegue un papel destacado en muchas argumentaciones: en las que tienen que ver con la aplicación judicial del derecho, pero también en las dirigidas a la producción legislativa de normas, y en general en todas las argumentaciones de tipos prácticos, aunque no puedan considerarse de carácter jurídico. Por lo demás, la referencia a la constitución puede considerarse como un argumento a la autoridad: la argumentación para modificar una constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente como un tipo de argumentación jurídica. (Zavala, 2010)

“La obligación constitucional de motivar, sin duda ha sido objeto de gran estudio y análisis en los casos resueltos por la Corte Constitucional. El organismo, en su sentencia N. 020-13-SEP-CC, recoge el criterio de la Corte Constitucional, para el período de transición, establecido en la sentencia N. 227-12-SEP-CC, en la cual se desarrollan elementos importantes para determinar si una sentencia cumple con el estándar constitucional de motivación: “Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como **mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados.** Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión **lógica**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”. (El resaltado pertenece a esta Corte). Cabe señalar, en aplicación del criterio indicado y en relación al argumento de los señores ex conjueces, quienes consideran como un

auto debidamente motivado aquel que contiene parte expositiva, motiva y resolutive; que dicho criterio es extremadamente restrictivo y solamente se restringe a un análisis formal de la sentencia, auto o resolución del que se trate. La motivación no solamente implica el enunciar hechos, normas y confrontarlos; sino que debe cumplir además, estándares que permitan evaluar la prolijidad en la utilización de la lógica y la argumentación jurídica y que den cuenta a las partes y al auditorio social en general, de que la decisión adoptada ha sido procedida por un verdadero ejercicio intelectual. En el caso en juicio, los elementos más relevantes de la motivación son la razonabilidad y la lógica de los argumentos. Ahora bien, antes de discurrir sobre los elementos señalados, es importante recordar el tipo de decisiones de las que se trata en la especie. Esto, debido a que un auto de sobreseimiento- junto con el auto ampliatorio que se incorpora materialmente como parte del primero-, cumple funciones y tiene características radicalmente distintas a las de una sentencia en un proceso penal. Es así que, en términos usados por esta Corte en la sentencia citada previamente, el “conflicto” a solucionar en el momento específico en que se dicta el auto no pasa precisamente por la determinación de la responsabilidad penal del procesado, sino por el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que permiten iniciar un juicio penal contra este. En dicho sentido reza el artículo que regula la causal para la emisión de dicho auto: “Art. 242.- Sobreseimiento definitivo.- El sobreseimiento del proceso y del procesado será definitivo cuando el juez de garantías penales concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción. El juez de garantías penales dictará auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado; si encuentra que se han establecido causas de justificación que eximan de responsabilidad al procesado”. De la norma transcrita, se desprende que el auto de sobreseimiento definitivo puede ser emitido ante tres eventualidades: a) La conclusión de que los hechos no constituyen delito; b) Que los indicios no conducen a la existencia de la infracción y, c) La existencia de causas de justificación. Dicha infracción,

de acuerdo con el Código Penal, es traficar comercializar o sacar fuera del país piezas u objetos arqueológicos. Una vez determinado, tanto el objetivo del auto de sobreseimiento definitivo, como las causas por las cuales puede motivarse su expedición, procede realizar un análisis pormenorizado del mismo, con el objetivo de determinar si la justificación ofrecida por los jueces es razonable, lógica y comprensible. Iniciemos, pues, con la **razonabilidad**.- Como bien ha dicho la Corte Constitucional. Esta característica de la motivación está relacionada con la correcta utilización de las reglas y principios constitucionales al momento de ofrecer razones para la decisión. Este es un problema de orden hermenéutico, pues las normas constitucionales, si bien solo pueden ser interpretadas de forma auténtica por este Organismo, están llamadas a ser aplicadas de manera directa por parte de toda autoridad administrativa o judicial; y evidentemente, a la aplicación de una norma, debe precederle de manera ineludible el desentrañar su sentido. El efecto de realizar una interpretación de la Constitución discordante con su sentido más adecuado en el contexto del ejercicio de la potestad jurisdiccional, no solo implica el incumplimiento de la garantía de motivación sino que además, se deriva en una vulneración patente a los principios de seguridad jurídica, del debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, así como de la tutela judicial efectiva.” (Sentencia N. 076-13-SEP-CC, 2013)

La motivación es una garantía constitucional que determina la justificación razonada de las decisiones judiciales para hacerla jurídicamente aceptable, ello significa que se encuentre en conformidad con el Derecho, con las normas legales y constitucionales, así como también con las normas establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En esta misma línea, el derecho a la motivación determina la explicación de los criterios y fundamentos que condujeron a la decisión y sus razones, acorde al ordenamiento jurídico vigente, es decir, es la expresión de las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es el proceso lógico, jurídico y racional que conduce a la decisión o fallo, donde no cabe arbitrariedad alguna. De allí que los jueces y tribunales están obligados

a interpretar y a aplicar las leyes y reglamentos de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, de cuya interpretación se debe alcanzar la conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, evitando que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar el referido contenido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. La Corte Europea ha señalado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, pues “ las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Es decir, la motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherente con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una activación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: “La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”. Es requisito para la observancia de un debido proceso la motivación de las resoluciones judiciales, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en indefensión. Es decir: “las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades y errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables, aun teniéndolas, se las considerará carentes de motivación y, por lo tanto, vulnerarán el derecho a la tutela efectiva (...). Para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que éste responda a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”. En este mismo orden, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia N. 017-14- SEP-CC, dentro del caso N. 0401-13- EP señaló: “Para que determinada

resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarle. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”. (Sentencia N. 014-14-SEP-CC, 2014)

La garantía que determina que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, tiene una doble dimensión: por un lado, equivale al derecho constitucional que tienen las personas a recibir de forma clara una explicación detallada de las decisiones que las autoridades públicas tomen frente a sus peticiones; y por otro lado, equivale al deber que tienen todos los servidores públicos de justificar suficientemente las razones por las cuales adoptaron determinada resolución, de forma tal que se evite el cometimiento de actos arbitrarios o discrecionales. De la misma forma, en reciente pronunciamiento, esta Corte Constitucional, en su sentencia N. 0016-13- SEP-CC, ha sido enfática en afirmar que la motivación de las resoluciones judiciales garantiza además el apego de la actuación de las juezas y jueces a las disposiciones constitucionales y a las leyes pertinentes en un caso en concreto, lo que a su vez contribuye al afectivo respeto de la seguridad jurídica. “[...] Se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan

anhelada justicia; y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto(...).” (Sentencia N. 098-SEP-CC, 2013)

En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia. Por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley y en un tiempo razonable; y el tercero en relación con la ejecución de la sentencia. Además, como bien señala la autora ecuatoriana Vanesa Aguirre Guzmán, “en el ámbito del proceso, transforma en efectivas las promesas de certidumbre y coerción propias de las normas jurídicas. Se avizora un “efecto irradiante”, por el cual se evita considerar al ordenamiento jurídico procesal como un mero “conjunto de trámites y ordenación de aquel” sino más bien como “un ajustado sistema de garantías para las partes”, por el cual la tutela judicial efectiva actúa como un paraguas que refuerza la protección a otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional”. Por lo tanto, bajo estos enunciados jurídicos, se encuentra que el derecho a la tutela judicial efectiva mantiene una estrecha vinculación con el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica. Así, habrá tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos si el órgano jurisdiccional, previo a dictar sentencia, ha observado y garantizado el debido proceso y la seguridad jurídica a las partes procesales. En la especie, como ya se ha dicho, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de justicia de Guayas no ha garantizado la tutela judicial efectiva del accionante, puesto que ha conocido una causa que le correspondía conocer a la justicia ordinaria. (Sentencia N. 021-13-SEP-CC, 2013) .

Es jurisprudencia firme del TCA aceptar la validez del acto administrativo aunque no se expresen en el mismo sus fundamentos (motivación), siempre

que tales fundamentos surjan claramente de los antecedentes del acto, es decir, actuaciones anteriores (dictámenes técnicos, otros actos, informes, etc.). Pero para que los antecedentes sean aceptados como motivación suficiente, deben verificarse algunos requisitos, entre ellos, que se trate de documentos generados con fecha anterior al acto<sup>17</sup> (esto parece redundante, no obstante lo cual descarta la posibilidad de agregar a los antecedentes, en etapa posterior, documentos posteriores al acto), deben permitir apreciar los hechos que determinan la conclusión (el contenido del acto)<sup>18</sup>, y debe resultar una motivación suficientemente eficaz como para conocer los verdaderos motivos que llevaron a su dictado. (Pérez, 2009)

La vulneración de los derechos a través de actos ilegítimos emanados de autoridad administrativa sin duda es una posibilidad (y realidad muchas veces) palpable causada, entre otras muchas razones, por la falta de motivación, pues no basta que una autoridad pública goce de competencia para dictar resoluciones, sino que esas resoluciones deben estar argumentadas, explicando de manera suficiente las razones y el uso de las potestades de las cuales se apoya para fallar o pronunciarse en un sentido específico y no en otro; es decir, debe motivar su pronunciamiento.

La motivación o la obligación de dar razones coherentes, justificadas y pertinentes, se constituye en uno de los principales logros alcanzados a través de la vigencia del Estado de Derecho, y especialmente, en nuestro Estado Constitucional de derechos y justicia. Esta obligación impuesta a los poderes públicos de dar explicaciones de sus actos implica el progreso o evolución que se ha dado desde los tiempos de los imperios y de las monarquías, tiempos en los cuales las autoridades dictatoriales no daban razón ni cuenta de sus actos al pueblo, pues

simplemente no tenían la obligación de hacerlo invocando su suprema autoridad que provenía de la religión o del dominio por la fuerza.

Actualmente la motivación es un elemento que se vincula intrínsecamente con el derecho al debido proceso pues, como lo veremos más adelante, el acto de motivar una decisión garantiza el derecho a la defensa de toda persona en todo proceso de cualquier orden, sea en sede judicial o administrativa, lo cual a su vez constituye a este elemento (motivación) en un mecanismo de aseguramiento de todos los demás derechos constitucionales en las decisiones de cualquier autoridad pública.

En ese sentido, parte de la doctrina incluso ha venido pensando en la motivación asimilándola con un derecho fundamental, precisamente, por su interacción y su trascendencia como garantía del debido proceso. Sobre esto se ha mencionado:

“...desde el punto de vista deontológico, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico instituido por la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional y en otra perspectiva, pero también, desde el enfoque del deber jurídico, su función consiste en justificar y realizar el debido proceso judicial, consecuentemente, implica que toda resolución sea debidamente motivada, debiendo tomar en cuenta que es indispensable el manejo concurrente y convergente de varios requisitos y condiciones ineludibles para la motivación consistente de las decisiones jurisdiccionales.”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> GONZÁLES ALEGRÍA, Marco. “*La motivación como derecho fundamental*”, visualizado en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/art/art7.pdf>

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas nos recuerda que “los que hacemos Derecho necesariamente argumentamos. Argumentar significa dar razones que justifiquen un enunciado concreto”<sup>14</sup>.

En tal sentido, continúa este autor, apoyándose a su vez en autores ibéricos como Manuel Atienza, indicando la trascendencia de las argumentaciones en el campo jurídico, bien sea en lo judicial, bien en lo administrativo, pues en ambos campos “se resuelven casos concretos vía sentencia y resoluciones administrativas respectivamente, aportando argumentos tanto en lo referente a los hechos como al derecho”<sup>15</sup>, aclarando de manera muy oportuna que en esta tarea se abren dos labores diferentes: la inherente a “explicar” y la orientada a “justificar”, pues “la primera es una relación de antecedentes que nos sirve para saber por qué se tomó una decisión o se ejecutó un acto...; la justificación es eminentemente una labor de valoración del acto ejecutado o de la decisión adoptada”.<sup>16</sup>

El Tribunal Constitucional español vía jurisprudencia ha manifestado asimismo la estrecha relación que la motivación, entendida como fundamentación, tiene también con la tutela judicial efectiva. Al respecto, ha mencionado:

“...hay que señalar que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (ver, por todas, la STC 22/1994) que la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 C.E., comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía -dada la esencia de la función jurisdiccional- frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos (STC 131/1990, fundamento jurídico 1º, entre otras). Esta es una exigencia que se

---

<sup>14</sup> ZAVALA EGAS, Jorge. “Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica”, Editorial Edilex S.A., Guayaquil, 2010, p. 388.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 389.

conecta no sólo con el citado art. 24 C.E., sino también con la primacía de la ley (art. 117.1 C.E.), como factor determinante del legítimo ejercicio de la propia función jurisdiccional (STC 55/1987)<sup>17</sup>

En lo que respecta al Ecuador, como lo habíamos mencionado, la motivación se la entiende como una garantía del derecho a la defensa, siendo que este último a su vez se consagra como parte del derecho al debido proceso, todo lo cual lo ubica en el capítulo concerniente a los derechos de protección. En tal sentido, en ese orden, la Constitución ecuatoriana establece:

**“Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

**7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

**l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

De las disposiciones constitucionales anteriores observamos claramente la composición y trascendencia con la cual la Carta Magna ha querido dotar a la motivación, posicionándola y relacionándola directamente con derechos procesales y fundamentales como el de la defensa y del debido proceso. Estamos entonces

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 112/1996, de 24 de junio de 1996. Recurso de amparo 289/1994

ante un derecho (la motivación) que se esgrime como fundamental en cuanto asegura la vigencia y protección de los demás derechos e intereses ciudadanos que a su vez son resguardados en todo proceso, sea de naturaleza judicial o administrativa.

Es necesario resaltar algunos de los componentes más relevantes que la norma constitucional ha otorgado a la garantía de la motivación. Así, del citado Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, podemos hacer los siguientes énfasis:

- a) Debe existir el elemento de motivación en todas las resoluciones de los poderes públicos, es decir, no limita la obligación de motivar a solo la esfera judicial o la administrativa, sino que impone esa obligación a todo poder público;
- b) Para considerarse que la misma existe (que hay motivación) no solo debe haber la invocación o enunciación de las normas o principios que puedan justificar el acto, sino que también es necesario justificar el cómo y el por qué dichas normas o principios son adecuados para ser aplicados en ese caso en concreto. Aquí hay que resaltar que se abre una opción interesante en cuanto a “con qué” argumentar, pues ya no solo se puede (o debe) fundar la decisión en normas positivas específicas aplicadas típicamente por subsunción, sino también autoriza a fundamentar enunciando principios, los cuales al ser de carácter abstracto, conllevan la aplicación de técnicas como la ponderación, lo cual ratifica el paso del Estado legalista al Estado constitucional;

- c) Por último, la propia norma constitucional proporciona la sanción que pesará sobre los actos administrativos, resoluciones o fallos carentes de motivación (con lo cual ratifica que la motivación no solo se exige en la instancia judicial), los cuales serán considerados nulos, siendo que la autoridad emisora de ese acto nulo deberá ser sancionada.

Con lo expuesto, se concluye entonces que en el Ecuador todo acto resolutorio de autoridad pública, judicial o administrativa, para que goce de legitimidad y surta efectos jurídicos vinculantes, deberá estar debidamente motivado a partir de la enunciación de las normas o principios aplicables y la justificación de la pertinencia de los mismos a los hechos del caso, debiendo verificarse que exista la suficiente razonabilidad, lógica y comprensibilidad en dicho auto, conforme los parámetros que para el efecto ha establecido la Corte Constitucional mediante reiterada jurisprudencia, caso contrario aquel acto simple y sencillamente no será jurídicamente válido ni surtirá efectos, pues se lo considerará nulo.

Aunque las sentencias y doctrinas aquí señaladas, son claras en establecer una definición de motivación, tanto para las sentencias como para actos administrativos y normativos, y en sí de toda decisión o resolución emanadas del poder público, no es menos cierto, que la práctica ecuatoriana nos demuestra que el ejercicio de formular argumentos no le es muy común a nuestros funcionarios, porque el criterio positivista de copiar el texto de la ley y de todos los artículos que considere aplicable al caso en especie constituye para ellos motivar y no lo es, el utilizar un metalenguaje para parecer docto tampoco lo es, el indicar premisas sin secuencias lógicas y unívocas hacia una decisión, resultado, o resolución tampoco lo es. Creo que el tema va más allá del retoricismo y tiene su base en lo pragmático, esto es, buscar la simplificación del lenguaje, con estructuras gramaticales completas, que tengan una secuencia lógica y que permita a cualquier mortal entender las razones de su formulación, promulgación o emisión.

## **Derecho a la Seguridad Jurídica**

Se entiende por seguridad jurídica a la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho”. (Perez-Luño, 1991)

Como se ha esbozado desde el inicio de este trabajo, las decisiones estatales sean administrativas o jurisdiccionales deben estar enmarcadas en la Constitución que es humanista, en ese sentido claro está que la entelequia llamada Estado, dotada de poderes conferidos a través de su conglomerado social, asignados a personas escogidas de manera voluntaria y democrática, en tratándose de ciertos servidores públicos y otros elegidos mediante concursos de merecimientos y oposición. En base a lo anterior, cuando a un humano se le da el poder, puede por falta de valores que rijan su vida abusar de él, o en su defecto hasta por ignorancia, de ahí que el mismo conglomerado social haya querido crear mecanismos que frenen cualquier intento de atropello a los derechos humanos.

En ese sentido el principio de legalidad y de reserva legal, nos brinda un primer blindaje a la actuación estatal, frente a la cual se exige un segundo blindaje que es la motivación, que obliga a realizar el test de razonabilidad, comprensibilidad, y de lógica. Así mismo esta última nos lleva al resultado de la primera, la seguridad jurídica, y es que una sentencia motivada, un acto administrativo o normativo crea seguridad jurídica, y por ende para que ella exista deben coexistir previamente los otros principios ya señalados y analizados en este y los otros apartados.

La seguridad jurídica es la seguridad frente a la arbitrariedad. Supone la existencia de mecanismos, de técnicas formuladas como principios de organización, de interpretación, o como derechos, que funcionan en el ordenamiento para asegurar su dinámica de creación, interpretación y aplicación. (Universidad de Murcia, 1992) (Manuel, 1985)

Manuel Atienza indica que la seguridad jurídica en sentido estricto: “debe entenderse en mi opinión, la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico

para hacer previsibles, es decir, seguros los valores de libertad e igualdad". Para el Derecho, la seguridad jurídica no es simplemente de una cualidad o factor distintivo de las normas o instituciones jurídicas, sino que es un fundamento sobre el que se construye el Derecho mismo.

Desde el Derecho Romano, se concibe la idea de la seguridad jurídica, en el Digesto se recogen los tres principios del Derecho: *honeste vivere*, *alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*. El Derecho no es sólo el conjunto de normas, sino también de principios y valores. En nuestra Constitución la seguridad jurídica se encuentra identificada a través de los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de sanciones restrictivas de derechos individuales, por poner algunos ejemplos.

La publicidad de las normas y actos jurídicos se constituyen en el primer requisito de la seguridad jurídica, puesto que, es indispensable que para los sujetos interesados, se hagan de manifiesto dichas normas y actos y sean perceptibles a todos ellos.

En nuestro derecho positivo, la publicidad de normas y actos es una exigencia derivada de un principio constitucional, así como en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El segundo requisito de la seguridad jurídica es que las normas y actos jurídicos revistan de una determinada forma y hayan sido elaborados de una manera preestablecida. En este punto, surge la concordancia con lo estipulado en el artículo 76, numeral 7, literal I), manda: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: numeral 7, literal I): Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos...".

## **Derecho al Trabajo**

La característica fundamental de las normas constitucionales del Derecho del trabajo y por consiguiente de toda la legislación que de ellas nace, es la de tutelar a los trabajadores y, lo hace estableciendo un marco mínimo de derechos y garantías, dentro de los cuales deberán desarrollarse las relaciones laborales. Esta intervención del Estado en la relaciones entre particulares se fundamenta en la necesidad de equilibrar la desigualdad existente entre empleadores y trabajadores, que debe ser morigerada para evitar abusos y que constituya una fuente de conflicto social.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 326 establece dieciséis principios en los que se fundamenta el Derecho al Trabajo. La sección tercera del proyecto de la nueva Constitución, sobre las formas de trabajo y su retribución, en los artículos 325 al 333, reconoce al derecho al trabajo en todas sus modalidades como en la Constitución vigente. Sin embargo, hay diferencias importantes que deben ser destacadas. El artículo 327, prohíbe toda forma de precarización como la intermediación laboral, la tercerización y la contratación por horas, con sanciones para quienes incumplan la prohibición.

La tercerización e intermediación permitieron a los empresarios y patronos evadir los beneficios sociales de los trabajadores como décimos tercer, cuarto y quinto sueldos, antigüedad y bonos, y evitar el pago de indemnizaciones en caso de renuncia o despido intempestivo.

En el artículo 333 se reconocer como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares. Por primera vez, el trabajo doméstico no remunerado, que es realizado casi siempre por mujeres, es reconocido como tal. Además, la protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a quienes realicen este tipo de trabajo.

En el artículo 326 se reconoce el derecho a la formación de sindicatos, gremios y asociaciones por parte de las persona trabajadoras y se reconoce el derecho a la huelga para los trabajadores y sus organización y el derecho al paro para las personas empleadoras. Sin embargo, en el mismo artículo prohíbe la

paralización de los servicios públicos de salud, saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, producción hidrocarburífera, transportación pública, correos o telecomunicaciones.

En síntesis, la nueva Constitución presenta avances indudables en los derechos laborales de los trabajadores aunque ciertos derechos de los trabajadores públicos sean restringidos. La falta de fuentes de trabajo en el Ecuador es uno de los problemas socioeconómicos más graves para gran parte de la población. Aproximadamente la mitad de ciudadanos y ciudadanas en edad laboral son subempleados, es decir no tiene un trabajo formal o directamente son desempleados. No tiene ningún trabajo, ni formal ni informal, por lo tanto, es fundamental la puesta en marcha poner en marcha políticas que generen más puestos de trabajo por parte de los diferentes sectores de la sociedad: público, privado, comunitario y asociativo.

La Constitución de la República del Ecuador protege el derecho al trabajo<sup>18</sup>, que incluye la libertad de asociación. Obviamente el trabajo y la asociación debe ser acorde a los estándares socialmente aceptados, es decir, no considerados delictuales, sin perjuicio que con la actual Constitución no sea esa la única limitante sino también el hecho de que dicho trabajo o labor, no sea atentatorio al ecosistema o la naturaleza, sea que vislumbre un potencial daño o una contaminación. En ese sentido, la pesca es una de las actividades económicas de mayor relevancia para el país, la cual, a su vez es generador de trabajo para cientos de familias.

Para trabajar en el ámbito pesquero, se necesita un barco, el que debe tener una matrícula a nombre del armador, que es el propietario del aquel, que la emite el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; luego es necesario un permiso de zarpe que lo emite la DIRNEA<sup>19</sup>, el cual permite que salga el barco del puerto. A breves rasgos, un barco necesita de un Capitán, tripulación y maquinistas, que dependiendo del calado del mismo, varía en número. Así mismo el tiempo que pasa en mar territorial el barco, variaba dependiendo del tiempo en que realizaba la pesca y llenaba sus frigoríficos, aunque actualmente, depende de que se cumpla con el cupo de libras autorizadas para el producto.

---

<sup>18</sup> Art. 33 CRE.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

<sup>19</sup> DIRNEA.- Dirección Nacional de Espacios Acuáticos

En ese orden de cosas, se prohibió la pesca de camarón y sólo se permite la pesca de merluza. Al respecto el camarón, es un crustáceo decápodo, macruro, de tres a cuatro centímetros de largo, de color pardusco, con el cuerpo estrecho, comprimido y algo encorvado; caparazón terminado por un rostro largo y finamente dentado; antenas muy largas. Es comestible y se conoce también con los nombres de quisquilla y esquila. (Academia de la Lengua Española, 2014). Merluza es un pez teleósteo marino, del suborden de los anacantos, de cuerpo simétrico, con la primera aleta dorsal corta, y la segunda larga, tanto como la anal. Alcanza a un metro de longitud, y es muy apreciado por su carne. Abunda en las costas de España; en los países del norte, lo salan y secan, y recibe el nombre de bacalao de Escocia (Academia de la Lengua Española, 2014).

Para pescar en barco hay diversos métodos, conocido como las artes de pesca, siendo las más comunes: por cerco, al curricán, almadraba, por redes conocida como arrastre, por long line, el cual consiste en tirar líneas de anzuelos en carretes. En el Ecuador por mucho tiempo se utilizó la pesca de arrastre, la cual consiste en lanzar redes hasta el fondo del mar, y en ese sentido lleva consigo lo que se encuentre a su paso, incluyendo producto no deseado y afectando el fondo del mar según los ambientalistas, señalando además que es un método muy precario para pescar porque no toma en consideración los movimientos de los peces para su captura y no es selectivo.

Sin embargo de lo anterior, el problema no es tanto la red, por cuanto hasta la actualidad se permite su uso, lo que se cambió fueron las características de la misma, puesto que, al no pescarse camarón, no había necesidad de tener orificios pequeños en las redes, aumentando el tamaño de los mismos en tres pulgadas, lo cual vuelve a la pesca más selectiva, ya que, especies pequeñas no quedarían atrapadas, porque bien pueden nadar entre ellas; y, el fondo marino no sería modificado, alterado o destruido. Así mismo, al ser el producto permitido la merluza, el orificio de la red, es adecuado para tal actividad, pues atrapa peces de las características de la merluza en cuanto al tamaño.

### **El derecho a la libertad de empresa**

El artículo 66 numeral 15 de la Constitución de la República prevé como un derecho de libertad el de "... desarrollar actividades económicas, en forma individual

o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental"; es decir, un derecho fundamental que el Estado ecuatoriano brinda a las personas es la libertad de ejercer cualquier actividad lícita dentro de los límites y regulaciones que el propio ordenamiento jurídico impone; de ahí que el límite para ejercer dicha libertad se encuentra dentro de la propia Constitución cuando establece en el artículo 83 numeral primero que: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente".

El derecho a la libertad de empresa presenta varios ámbitos, de los que se puede destacar los más importantes: en una dimensión objetiva, en primer lugar el acceso a la actividad (economía de mercado); en segundo lugar el ejercicio de las actividades económicas (libertad de gestión empresarial, con sujeción a la ley) y por último la irrupción o aparición del sector público en el mercado, desarrollando actividades empresariales (para los casos previstos en la Constitución).

Es decir, desde esta perspectiva se puede observar una dimensión subjetiva de la libertad de empresa, en virtud de la que se reconoce al empresario una libertad de decisión para crear empresas que puedan actuar en el mercado; establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado y gestionar la propia empresa y del personal.

La libertad de empresa, como derecho constitucional subjetivo que es, en ningún momento tiene carácter ilimitado. Efectivamente, citando a SORIANO GARCÍA al respecto, "*como sucede con todos los derechos, inclusive los fundamentales, la libertad de empresa tiene límites*" (Soriano, 2011)

Para encontrar los límites a dicho derecho, se debe apreciar, tanto el Preámbulo de la Constitución, como el propio artículo 66, numeral 15, en los cuales se delimitan las medidas que restringen este derecho patrimonial. Es en este punto cuando cobra sentido la otra interpretación que se hace jurisprudencial y doctrinalmente del derecho a la libertad de empresa, basada en su carácter

dinámico u objetivo (perspectiva institucional), como consecuencia directa del concreto marco constitucional que ampara el derecho: la Libertad de Empresa dentro de la Economía de Mercado, y la subordinación de ésta a la Satisfacción de los Intereses Generales, como consecuencia de la cláusula del Estado Social, implantada por la Constitución en el 2008.

Es decir, al protegerse y garantizarse constitucionalmente la libertad de empresa en una economía de mercado, para que dicho derecho material tenga sentido funcional, es necesario que dicha libertad de empresa pueda ser ejercitada en condiciones tales que garanticen su efectividad, y entendiéndose por efectivas todas las medidas que posibiliten que todos y cada uno de los agentes económicos puedan llevar a cabo las actividades empresariales (se entiende las no prohibidas por Ley) en régimen de igualdad protegiendo al consumidor y al propio mercado.

#### **ANÁLISIS DE LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS:**

#### **Informe Final de la Pesquería de Merluza en El Ecuador, Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca y Acuerdo No. 20, Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca**

Es necesario analizar lo que constituye la motivación del Acuerdo que provoca este estudio:

“Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 73 establece que 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; Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 395, numeral 1 establece que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras; Que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 396 acoge el principio precautelatorio que establece que el Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia

científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas; Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 397, numeral 2, establece que para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales; Que según lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución de la República, corresponde a las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, "1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión"; Que la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero determina en su artículo 1 que los recursos bioacuáticos existentes en el mar territorial, en las aguas marítimas interiores, en los ríos, en los lagos o canales naturales y artificiales, son bienes nacionales cuyo racional aprovechamiento será regulado y controlado por el Estado de acuerdo con sus intereses; Que la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero establece en su artículo 13 que el Ministro del ramo queda facultado para resolver y reglamentar los casos especiales y los no previstos que se suscitaren en la aplicación de esta ley; Que el artículo 19 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, prescribe que las actividades de la pesca, en cualquiera de sus fases, podrán ser prohibidas, limitadas o condicionadas mediante acuerdo expedido por el Ministro del ramo cuando los intereses nacionales así lo exijan, previo dictamen del Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero; Que mediante memorando número MAGAP-INP-2012-0577-M, suscrito el 17 de febrero del 2012, por la ingeniera Yahira Piedrahita Falquez, Directora General del Instituto Nacional de Pesca, se remitió el informe técnico referente a los efectos ocasionados por la pesca de arrastre, en cuya parte medular se señala que: "(...)en base a toda la información publicada, que la pesquería de camarón está sometida a una fuerte presión y que a nivel mundial se ha demostrado que existe un fuerte impacto sobre las especies que componen la pesca acompañante, aunque no se ha determinado con precisión el efecto sobre los fondos marinos suaves. Es evidente la reducción en las capturas de las especies demersales, hecho que ha sido debidamente documentado

por el Instituto Nacional de Pesca. También se ha indicado que el porcentaje de pesca incidental es elevado en este tipo de pesquerías, situación hace necesaria la implementación de medidas de ordenamiento sobre la base de la información general existente", el cual fue puesto en conocimiento del Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero en sesión extraordinaria celebrada el 22 de febrero del 2012; Que el Ministerio del Ambiente en sesión extraordinaria celebrada el 22 de febrero del 2012, puso en conocimiento del Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero, el informe técnico "La Pesquería de Arrastre camarónero en Ecuador" de fecha 17 de febrero del 2012, mismo que en su parte pertinente indica: "A nivel mundial, y no solo en Ecuador se ha demostrado que la pesca de arrastre de Camarón: Es un tipo de pesca no selectiva, es decir atrapa todo por donde pasa sin considerar especie, tamaño. Produce grandes cantidades de descarte (75%), que incluye peces de tamaño no comerciales o juveniles que no alcanzarán edad reproductiva, es decir se desperdicia una gran cantidad de individuos de especies no comerciales e individuos juveniles de especies comerciales que afectan a otras pesquerías. Las capturas de camarón blanco, rojo y café presentan un gran porcentaje de camarones juveniles o solo juveniles (rojo y café) en sus capturas, indicación que la pesca no es sostenible. Ingresa dentro de la milla de protección de forma ilegal a realizar sus actividades de pesca, de lo cual existen informes pertinentes. Por lo expuesto, el Ministerio del Ambiente recomienda que se viabilice la actual propuesta de prohibir la pesca de arrastre de Camarón"; Que el Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero, en la sesión extraordinaria llevada a cabo en la ciudad de Quito, el 22 de febrero del 2012, se pronuncia de forma unánime a favor de la prohibición del ejercicio de la actividad pesquera extractiva de recursos bioacuáticos, mediante el arte de pesca de arrastre industriales, recalando que la misma debería entrar en vigencia a partir del 1 de octubre del 2012; Que la pesca de arrastre comporta una actividad perjudicial para los fondos marinos, habida cuenta de que no es selectiva e involucra la captura de especies y recursos bioacuáticos que no son necesariamente el objeto de las faenas, por lo que deviene necesario e impostergable proteger dichos recursos, prohibiendo de manera definitiva esta actividad, dado el perjuicio que la misma ocasiona al ecosistema marino y a las especies que habitan en el; y,

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 13 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, en concordancia, con lo previsto en el artículo 154 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 17-1 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva,..." (Ministro de Agricultura, Acuicultura, Ganadería, 2012)

De la simple lectura del antecedente del Acuerdo que se examina se vislumbra, una transcripción textual de la Constitución, en sus artículos más importantes referentes al ambiente y su protección, así como también una breve mención del trámite que en sede administrativa se dio, como génesis de la decisión en referencia, lo cual no constituye ni lejanamente una motivación constitucional, pues, la sola enunciación de artículos no motiva nada.

En el aspecto jurídico es de reseñar que, las limitaciones, prohibiciones o condiciones respecto a las actividades de Pesca, en virtud de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, faculta al Ministro del ramo, realizar acuerdos previo dictamen del Consejo Nacional de Desarrollo, y para llegar a dicho Consejo es necesario haber evacuado investigaciones científicas técnicas que soporten las decisiones en el marco de hechos reales o de potenciales daños que puedan ser apreciables a través de indicadores.

Revisado el Informe presentado por la Directora General del Instituto Nacional de Pesca, se verifica que contiene asertos generalizados, de los cuales, no se hace mención siquiera en su texto, de algún peritaje ambiental practicado en el mar territorial del Ecuador, que dicho sea de paso son caros; a más de que se refieren a repercusiones de la pesca en el mundo entero, sin especificar la situación eco sistémica ecuatoriana, y del por qué es necesario e imprescindible prohibir la pesca de arrastre.

Lo anterior de suma importancia, toda vez que, la prohibición de la pesca de arrastre no solamente debe ser constitucionalmente emitida, esto es, a través de los mecanismos señalados por la Constitución y la Ley, sino que esa prohibición tenga un basamento fáctico y sólido, de lo contrario estaríamos frente al abuso de la administración pública, en cuanto a la emisión de actos normativos, que no justificarían la restricción del derecho constitucional del trabajo.

Y es que existe una afectación constitucional al trabajo, toda vez que durante años, si no es toda la vida, la mayoría de armeros propietarios de embarcaciones, se dedicaban a la pesca industrial de arrastre de camarón, y en virtud del acuerdo su método de captura quedaba vedado, y correspondía migrar a otro tipo de método, a más de que con aquello también se dispuso la reducción de cupos de barcos, ordenándose que sea desguazados, con lo cual, los tripulantes, capitán, y maquinistas quedaban sin trabajo. A más de que los que quedaban debían comprar un nuevo método de captura que no sea de arrastre, cambiar redes, etc.

Entonces la pregunta sigue latente, era necesario emitir ese tipo de prohibición sin establecer excepciones, o lapsos, no había una medida menos traumática para los pescadores, no existía la forma en el que el Estado invierta en capacitación sobre formas de pesca más selectivas y menos dañinas al ecosistema. Obviamente dando por sentado que existe daño real o potencial a la naturaleza, aunque conforme se sostiene no ha existido un estudio técnico científico al respecto. En cuanto a la parte normativa del Acuerdo se transcribe:

“Artículo 1.- Prohibir a partir del 1 de octubre del 2012, el ejercicio de la actividad pesquera extractiva de recursos bioacuáticos, mediante el arte de pesca de arrastre industrial. Artículo 2.- La Subsecretaría de Recursos Pesqueros, en el plazo de 120 días, contados a partir de la vigencia del presente acuerdo ministerial, remitirá a la Dirección Nacional de Espacios Acuáticos, DIRNEA, el listado de las embarcaciones industriales que poseen artes de pesca de arrastre, a efectos de que no autorice el zarpe de las mismas, a partir del 1 de octubre del 2012. Artículo 3.- El Viceministerio de Acuicultura y Pesca, en el plazo 160 días, elaborará un plan de mitigación, dirigido a los trabajadores afectados por la prohibición contemplada en el artículo 1 de este acuerdo ministerial; así como un plan de contingencia, a efectos de orientar al ejercicio de otras actividades dentro del sector pesquero, a los armadores o propietarios de las embarcaciones que dejen de operar como consecuencia de la aplicación del presente acto normativo. Artículo 4.- Encárguese de la ejecución del presente acuerdo ministerial al Viceministerio de Acuicultura y Pesca, a la Subsecretaría de Recursos Pesqueros y a la Dirección Nacional de Espacios Acuáticos, DIRNEA, para

cuyo efecto deberán coordinar con las entidades que fueren pertinentes, con arreglo a lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. Artículo 5.- Conforme a lo previsto en el artículo 82 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el presente acuerdo ministerial entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.” (Ministro de Agricultura, Acuicultura, Ganadería, 2012)

Este Acuerdo posee cinco artículos, de los cuales de la lectura de los mismos, no se establece exista tampoco motivación alguna, es más el artículo uno plantea la prohibición sin decirnos si esa regla general contempla alguna excepción, sea de carácter formal o material, es más por su redacción amplísima, es contrario al motivo inicial por el cual fue creado el Acuerdo, pues, indica actividad pesquera extractiva de recursos bioacuáticos, en general, no especifica el camarón que era el objeto de protección a prima facie, lo que da a entender que tampoco sería factible pescar merluza, pues, ese pez no es otra cosa que un recurso bioacuáticos.

El segundo artículo se refiere al plazo que se otorga el plazo por el cual, se debe hacer conocer el listado de las embarcaciones que posee artes de pesca de arrastre, para que la DIRNEA, no le autorice el zarpe, en ese sentido, se encuentra otra restricción respecto a no solamente el arte de pesca, sino una sanción administrativa la cual es, no permitir el zarpe del barco, en ese sentido, se debe discutir respecto de la validez de ésta sanción por mantener el tipo de pesca, sanción que opera ipso facto, a través de la presentación del listado al que se hace referencia y no a un proceso administrativo - penal sólido y creíble,

El artículo 3, se refiere a dos planes uno se refiere al de mitigación y otro al de contingencia, que resultaría a breves luces, paliativos o remedios a la afectación de derechos producto del acto normativo. En ese sentido, no aparece bibliografía o documentación soporte del plan de mitigación, no así el de contingencia, el cual si está disposición de todas y todos los ciudadanos, sin embargo no resulta ser sino una redistribución de cupos de zarpe, y condiciones técnicas sobre las cuales deben registrarse los nuevos barcos, y los tripulantes y armadores si desean continuar en la actividad pesquera. Así como dicho plan de contingencia establecía las condiciones bajo las cuales la Corporación Financiera Nacional brindaba créditos a los que deseen continuar laborando en la pesca y que necesiten embarcaciones nuevas

bajo las nuevas especificaciones. Sobre las embarcaciones que no obtienen permiso de zarpe, mediante avalúo estatal, se establece el valor a pagar al armador, o le toca desguazarlo o reutilizarlo en otra actividad.

En ese sentido, no se verifica aquel como un plan de contingencia, sino como las regulaciones a las que se deben someter obligatoriamente, y que en general no ayuda o merma el problema ocasionado a raíz de la prohibición de la pesca de arrastre, pues, simplemente si no pueden ajustarse a los lineamientos establecidos, el armador debe desguazar el barco, es decir, desbaratar o desmontar toda la estructura del barco, con lo cual, la inversión inicial resulta infructuosa traduciéndose en una pérdida y por ende un perjuicio al patrimonio de los armadores. En dicho plan, no se les ofrece salidas alternativas que permitan que todos los barcos puedan seguir funcionando, regulando de manera equitativa sus operaciones, y así todos puedan seguir trabajando y ganándose la vida, ni se estableció un lapso que permita el cambio de arte de pesca con asesoría gubernamental.

Los artículos 4 y 5, no se refieren en sí al objeto de la prohibición, o la forma en que se va a llevar a cabo sino que, se refiere a quien se encargará de la ejecución que es el Vice Ministro de Acuicultura y Pesca, y que el acuerdo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, al respecto, salvo casos excepcionales que si los hay, existe una fecha de publicación y otra de entrada en vigencia de los acuerdos, razón por la cual, se debió por excepción, es decir, como en el caso que se cita, poner en que momento entra en vigencia, de lo contrario es repetir lo que dice la ley, y ello no surte ningún esfuerzo legislativo de nivel infralegal, pues, aún sino lo dijera igual entraría en vigencia desde su publicación.

El arte de pesca en la mayoría de las poblaciones, no es una actividad meramente comercial, sino que es el producto de esfuerzo de pesca y la eficiencia combinada en este arte que lleva consigo la aplicación de varios métodos para conseguirla, y entre estas se incluyen métodos para reducir la captura incidental de especies juveniles - para salvaguardar el reclutamiento de los grupos de especies más grandes, incluyendo los reproductores.

Si bien es cierto, siempre ha existido gran interés económico a través de la pesca, y a través de ésta se produce, en ciertos casos, la captura incidental de

ciertas especies, cuando lo que se busca es una actividad comercial, ésta no se realice con el arte de la pesca, al que nos hemos referido. Una mejor calidad en la captura de especies, es aspecto importante con el arte de pesca y los métodos que se enfocan en la mayor eficiencia posible

La captura de ejemplares jóvenes de especies, antes de que tengan oportunidad de reproducirse, aparece como una amenaza para las reservas que no ha cumplido su ciclo de reproducción, por otro lado, la eliminación a gran escala de especies capturados de forma accidental, también amenaza la biodiversidad marina, con impacto sobre la productividad pesquera.

Hay un grupo esencial (La Población) a los que debemos hacer referencia, estos son, aquellos grupos los que se dedican a la actividad pesquera, y que son los mismos dependen de la misma, tratar de adaptar a estos grupos a un sistema, en el que se permita escapar a la especie acompañante, se estarían perjudicados a los pescadores, al tratar de limitarlos a sus actividad del cual dependen.

Además la venta del camarón es lo suficientemente rentable como para que el armador o la empacadora asuma el gasto del pago adicional a los pescadores de pescar merluza. Tal vez una disminución de la flota produzca un incremento en la rentabilidad y permita al armador cubrir éstos gastos continuos. Si se presentan problemas porque los artes de pesca, representan un obstáculo para la actividad de arrastre de los barcos camaroneros, en muchas ocasiones los barcos arrastreros, han dañado la actividad de los pescadores artesanales. Por otro lado, si los camaroneros pescan muy cerca de la orilla, estos obstruyen el trabajo de los pescadores que dependen de aquella actividad.

### **Análisis de forma**

“Así planteada la pretensión, se hace necesario precisar ciertos aspectos respecto al pedido de inconstitucionalidad por la forma que solicitan los recurrentes. En Efecto, la Constitución de la República, si bien es verdad, nos indica el proceso de formación de ciertas normas, entre ellas, las leyes orgánicas y ordinarias, no lo hace respecto a toda la normativa secundaria, y particularmente respecto a los Acuerdos que, en este caso, uno de ellos ha sido impugnado. Los vicios de forma se determinan cuando la norma

subsidiaria a la Constitución no ha seguido el trámite previsto en el texto constitucional para su formación, en cuyo texto es procedente su impugnación de inconstitucionalidad. En la especie, el análisis no corresponde a la jurisdicción constitucional, sino a la contenciosa administrativa, al tratarse de una eventual revisión de legalidad del acto que se impugna. Por lo tanto, no hay lugar al análisis respecto al pedido de inconstitucionalidad por la forma...” (Sentencia No. 15-12-SIN-CC, 2012)

Los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus carteras, sin necesidad de que medie la autorización presidencial. Art. 17 ERJAFE

En base al control abstracto de constitucionalidad se busca que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con el texto constitucional; el principal objetivo que persigue este control de constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las normas promulgadas por el legislador o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas entren en contradicción con la norma suprema del Estado, correspondiendo ejercer dicho control a la Corte Constitucional conforme lo determina el artículo 436 de la Constitución de la República bajo un sistema de control concentrado de constitucionalidad. El alcance de la presente acción pública de inconstitucionalidad se hace extensivo dentro del marco constitucional ecuatoriano a los actos normativos de carácter general emitidos por órganos o autoridades del Estado y contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; de ahí que el primer alcance que tiene este control abstracto es su carácter general respecto a las normas o actos administrativos considerados como inconstitucionales. (Sentencia No. 005-12-SIN-CC, 2012)

La pesca industrial tiene como origen la voluntad unilateral de los armadores o propietarios de los barcos, en ese sentido, el Estado, regula la actividad en tratándose de la preservación del ecosistema, para que dicha actividad no afecte los

derechos de la naturaleza, teniendo en cuenta que se persigue así mismo un interés particular, el cual es el lucro en la referida actividad.

### **Resolución No. 160, Subsecretaría de Recursos Pesqueros**

En su parte considerativa, se transcribe:

Considerando: Que, la Constitución Política, en su artículo 73 determina que 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; Que, el artículo primero de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero establece que los recursos bioacuáticos existentes en el mar territorial, en las aguas marítimas interiores, en los ríos, en los lagos o canales naturales y artificiales, son bienes nacionales cuyo racional aprovechamiento será regulado y controlado por el Estado de acuerdo con sus intereses; Que, para efectos de la investigación, explotación, conservación y protección de los recursos bioacuáticos se estará a lo establecido en esta ley, en los convenios internacionales de los que sea parte el Ecuador y en los principios de cooperación internacional, según reza el artículo 3 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero; Que, mediante Decreto Ejecutivo N° 3198 publicado en el R. O. N° 690 de 24 de octubre del 2002 se expidió el Reglamento a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero que incluyó la obligación de las embarcaciones camaroneras que utilizan red de arrastre para la captura del camarón, de usar los Dispositivos Excluidores de Tortugas - TEDs con el objetivo de disminuir la captura incidental de tortugas marinas en las operaciones de dichas embarcaciones; Que, en las inspecciones que ejecuta la Dirección General de Pesca se ha detectado que en casos de averías de uno de los dos TEDs que deben de llevar las embarcaciones, no cuentan

con otro dispositivo de repuesto, disminuyendo la selectividad que deben de tener las redes de arrastre para disminuir la pesca incidental de tortugas marinas; Que, las actividades de la pesca en cualquiera de sus fases, podrán ser prohibidas, limitadas o condicionadas mediante acuerdo expedido por el Ministro del ramo cuando los intereses nacionales así lo exijan; Que, el artículo 13 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero determina que el Ministro del ramo queda facultado para resolver y reglamentar los casos especiales y los no previstos que se suscitaren en la aplicación de esta ley; y, En uso de sus facultades legales y delegadas mediante Acuerdo Ministerial N° 068 de 18 de agosto del 2011 (Subsecretario de Recursos Pesqueros, 2011)

De la lectura de la parte considerativa del Acuerdo que se examina se establece, una transcripción textual de artículos de la Constitución, relacionados al ambiente y su protección, así como también establece que se puede controlar y prohibir la actividad pesquera, en relación a la pesca incidental de tortuga marina, indicando que se obligaba a las embarcaciones a tener un dispositivo excluidor de las tortugas marinas, y que inclusive cuando se dañaban estos no habían repuestos. Indica que todas esas decisiones deben provenir cuando exista un interés nacional, lo cual no constituye ni lejanamente una motivación constitucional, pues, la sola enunciación de artículos no motiva nada.

Cabe preguntarse qué es el interés nacional, cuáles son sus indicadores, como se mide en relación al ambiente, como podemos regular la vida laboral de las personas que pescan en base de un concepto indefinido, que inclusive tiene repercusiones políticas, pues, en un sistema de gobierno capitalista el interés nacional es uno, y en un gobierno comunista otro, y en un gobierno socialista del siglo XXI peor. El problema está que cuando se motiva no se debe utilizar términos generales, o que en el ámbito político pueda tener varias acepciones o definiciones dependiendo del contexto, porque, entonces aquel que no sabe cuál es el sistema de gobierno que vivimos, si es que de verdad es socialista del siglo XXI, no podrá

entender jamás el por qué se promulgó éste Acuerdo, entonces el criterio de comprensible no se estaría cumpliendo en el test de motivación.

La declaratoria de interés nacional en materia ambiental no está regulado, como si lo está por ejemplo la expropiación. Por lo que sería interesante que se delimite bien, un proceso aunque sea sumario en el que se permita que los pescadores puedan verificar que la restricción de sus derechos por el llamado interés nacional tenga derroteros claros y precisos, y fundamentos científicos, técnicos, legales y constitucionales.

En cuanto a la parte normativa indica:

Art. 1.- A partir del 1º de enero del 2012, todos los barcos que se encuentran autorizados para la captura del recurso camarón con red de arrastre deberán mantener a bordo un excluidor de tortugas marinas de reposición para el caso de averías de uno de los dos TED`s que estén en operación. Art. 2.- El incumplimiento de la disposición del artículo primero del presente acuerdo ministerial será sancionado con lo establecido en la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero. Art. 3.- Este acuerdo ministerial entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y de su ejecución encárguese la Dirección de Control Pesquero con apoyo de la Dirección Nacional de Espacios Acuáticos. (Subsecretario de Recursos Pesqueros, 2011)

En relación a los artículos de este acuerdo, hay tres, de los cuales el primero se refiere a la obligación que se impone a las embarcaciones para que tengan un excluidor de tortugas marinas, para evitar la pesca incidental de la misma, sin embargo ni ese artículo ni en la parte considerativa hay estadística real, fehaciente, obtenida por último de un organismo estatal, para poder justificar la compra de excluidores de tortugas, lo que legitimaría tal decisión de la cual, no hay tal. El artículo dos se refiere a una cláusula penal de remisión, en la cual, se establece que

el incumplimiento de esta obligación que nace de un acuerdo ministerial, debe ser sancionado de acuerdo a lo que establece la ley de pesca, por tanto existe la hipótesis de conducta en el acuerdo y la sanción en la ley de pesca; el artículo 3 se refiere a la entrada en vigencia del acuerdo, el cual merece el mismo comentario realizado en el documento examinado en el acápite anterior.

### **Resolución No. 405, Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca**

Considerando: Que la Constitución de la República, en su artículo 395 numeral 1 señala que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras; Que el artículo 14 de la Constitución de la República establece que 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; Que el Art. 396 de la Constitución de la República determina “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas”; Que el Estado está interesado en incorporar la normativa y ordenamiento en materia pesquera que evite la sobreexplotación y el exceso de capacidad de pesca a fin de asegurar que el esfuerzo de pesca sea proporcional a la capacidad de producción de los

recursos pesqueros y al aprovechamiento sostenible de los mismos; Que es obligación del Estado establecer y aplicar 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, conforme al artículo 73 de la Constitución; Que el Instituto Nacional de Pesca, como entidad técnica en materia pesquera, emitió un informe técnico - científico denominado "LA PESQUERÍA DE PECES PELÁGICOS EN EL ECUADOR", en cuyas conclusiones considera la disminución paulatina de las poblaciones de pelágicos pequeños y recomienda la prohibición al ingreso de nuevas embarcaciones y evitar el incremento del esfuerzo pesquero en dichas pesquerías; Que con la finalidad de precautelar la conservación y explotación racional de las pesquerías, resulta oportuno establecer medidas que impidan el aumento del esfuerzo pesquero originado por la incorporación de naves construidas en el país o importadas; Que es indispensable contar con un instrumento de carácter formal que regule la sustitución y el reemplazo de embarcaciones, sin permitir el incremento de la capacidad pesquera en el país; Que es necesario para los efectos antes señalados, instituir un catastro fidedigno y actualizado de las naves pesqueras que se encuentran actualmente operativas, para establecer la capacidad pesquera del país; Que la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero en su artículo 26 señala que el Ministerio del ramo señalará los cupos de construcción, el número y tipo de los buques de las flotas pesqueras de acuerdo a la reglamentación respectiva. La Dirección Nacional de Espacios Acuáticos autorizará la construcción o remodelación de embarcaciones pesqueras, previo informe favorable de dicho Ministerio; Que conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley de Pesca y Desarrollo

Pesquero, es facultad del Ministro del ramo resolver y reglamentar los casos especiales y los no previstos que se suscitaren en la aplicación de dicha ley; Que las actividades de la pesca en cualquiera de sus fases podrán ser prohibidas, limitadas o condicionadas mediante acuerdo expedido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, cuando los intereses nacionales así lo exijan; y,

En uso de sus facultades legales.

Del acuerdo en su parte motivacional, se establece que adolece del mismo error que los otros documentos analizados anteriormente, pues, se refiere a la enunciación sistemática de articulado de diferentes cuerpos normativos, que per se sólo son enunciados, o principios vacíos de contenido fáctico, pues, en este caso particular se pretendió y de hecho se hizo, limitar el número de embarcaciones para de esa manera proteger el ambiente, sin embargo el criterio diferenciador y examinador no fue plasmado en este documento, por lo que, no se aprecia la motivación que la constitución obliga tener para toda resolución o acto del poder público.

De la parte normativa se extrae:

Art. 1.- Prohibir la construcción, ampliación e importación de nuevas embarcaciones pesqueras de tipo industrial y/o artesanal operativas, conforme a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, o de cualquier otra clasificación o características destinadas a la extracción de recursos pesqueros. Queda prohibida la ampliación y/o modificación de naves operativas que impliquen incremento de la capacidad de las bodegas de pesca. Art. 2.- Exceptúase de la prohibición contemplada en el artículo 1 del presente acuerdo ministerial, a los siguientes casos:

a) La importación o construcción de naves para sustituir otras que se encuentren operativas, y que por su estado de obsolescencia requieran ser reemplazadas, circunstancia que será certificada y autorizada por la autoridad pesquera competente, en coordinación con la autoridad marítima, previa inspección e informe favorable de las autoridades, de la o las naves objeto de la sustitución; y, b) La importación o construcción de naves para reemplazar aquellas que hubiesen sufrido pérdida total por caso fortuito, debidamente comprobado por la autoridad pesquera competente, y previa certificación de la Dirección Nacional de Espacios Acuáticos (DIRNEA). Art.

3.- Los barcos sustitutos o reemplazantes deberán mantener máximo las mismas dimensiones de los barcos que serán sustituidos o reemplazados, particularmente, en lo que concierne al tonelaje de registro neto y ser autorizados por la autoridad pesquera, previo a su construcción o sustitución.

Art 4.- Para los efectos contemplados en el presente acuerdo ministerial se entiende que una embarcación está operativa cuando mantuviere vigente el permiso de pesca de los cuatro últimos años y de tráfico marítimo, respectivamente y hubiere realizado por lo menos, dentro de los dos últimos años, zarpes y recaladas con descargas de especies bioacuáticas, circunstancia que será certificada por la autoridad pesquera competente, en coordinación con la Dirección Nacional de Espacios Acuáticos. Art. 5.- La autorización para sustituir una embarcación pesquera la otorgará la autoridad pesquera y puede ser solicitada en cualquier momento por el armador. La autorización le dará derecho al armador a importar o construir una embarcación de similares características e iguales dimensiones y tonelaje de registro neto, por el plazo máximo de tres años; concluido dicho plazo caduca el derecho a sustituir. Autorizada la sustitución, para hacerla

efectiva deberá presentar la baja del barco sustituido por parte de la autoridad marítima y someterlo a desguace. Art. 6.- Para obtener la respectiva autorización de reemplazo, en el caso de embarcaciones que hubiesen sufrido pérdida total por caso fortuito, el interesado deberá acreditar que la nave siniestrada estuvo operativa y obtuvo los correspondientes permisos de pesca y tráfico durante los cuatro años anteriores a la fecha en que aconteció el siniestro. El interesado podrá presentar la solicitud de reemplazo de la embarcación en el plazo de tres meses, contados a partir del día en que ocurrió el siniestro, adjuntando la baja correspondiente. Si el interesado no cumple con estos requisitos la solicitud será rechazada. La autorización le dará derecho al armador a importar o construir una embarcación de iguales dimensiones de la embarcación a reemplazarse, por el plazo de cinco años; concluido dicho plazo se extinguirá el derecho a reemplazar y la autoridad pesquera revocará la respectiva autorización. Art 7.- Las embarcaciones que sean objeto de sustitución o reemplazo serán dadas de baja tanto de los registros de la autoridad pesquera, como de la autoridad marítima y registros internacionales de organismos en que el Ecuador sea signatario. Si los interesados, en los supuestos que anteceden no construyeren o importaren dentro de los plazos señalados la embarcación sustituta o reemplazante según corresponda, se revocará la respectiva autorización. Art. 8.- Créase el Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras, cuya administración estará a cargo de la Subsecretaria de Recursos Pesqueros, en el cual se inscribirán todas las embarcaciones pesqueras industriales y artesanales, o de cualquier otra clasificación pesquera, que estén operativas, con indicación de su número de matrícula naval, puerto de registro y permiso de pesca

otorgado por la autoridad pesquera competente. Art. 9.- Serán causales de eliminación de una embarcación pesquera industrial o artesanal, del Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras, las siguientes: a) No haber obtenido permisos de pesca durante cuatro o más años consecutivos; b) No obtener permiso de tráfico o zarpe por dos o más años consecutivos; c) No haber construido o importado una embarcación para sustitución o reemplazo de otra en los casos y plazos señalados en los artículos precedentes del presente acuerdo ministerial; y, d) Estar incurso en actividades ilícitas comprobadas mediante sentencia ejecutoriada. La autoridad pesquera constatará la existencia de las causales de eliminación y para el efecto se instruirá un expediente administrativo en la forma prevista en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y la Constitución. Una vez que esté firme el acto administrativo por el cual se elimina del Registro Nacional de Barcos Pesqueros, a una embarcación pesquera, el Subsecretario de Recursos Pesqueros procederá a revocar el acuerdo ministerial y el permiso de pesca, según corresponda, a través del cual se autorizó al propietario de dicha nave a ejercer la actividad pesquera en la fase de extracción de especies bioacuáticas. Art. 10.- Las embarcaciones pesqueras que hubiesen sido eliminadas del Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras, serán desguazadas por sus propietarios en el plazo de noventa días contados a partir de la fecha en que fueren notificados con el acto administrativo en que se hubiere dispuesto dicha eliminación. La autoridad pesquera, de oficio o a petición del interesado, constatará el desguace de la nave dentro del plazo de diez días, contados a partir del vencimiento señalado en el inciso anterior. En caso de que el interesado en el plazo preestablecido no desguasare la nave pesquera en cuestión, la

autoridad pesquera competente, en coordinación con la Dirección Nacional de los Espacios Acuáticos DIRNEA, desguasará la nave por cuenta del propietario para lo cual la Subsecretaría de Recursos Pesqueros elaborará el respectivo instructivo. Art. 11.- Los armadores de naves pesqueras artesanales que tengan interés en mejorar las condiciones de habitabilidad, manejo y conservación de la captura, sin cambiar su condición de artesanales, podrán reemplazar sus naves por otra nueva artesanal con una capacidad de acarreo y/o de volumen de bodegas equivalentes a las autorizadas. Art. 12.- Las instituciones de crédito como requisito para el trámite de préstamos orientados al mejoramiento de las embarcaciones pesqueras en las condiciones anotadas en los artículos precedentes deberán solicitar certificación a la autoridad pesquera competente de que se encuentran operativas y registradas. DISPOSICIONES TRANSITORIAS. PRIMERA.- En el plazo de noventa días, contados a partir de la publicación del presente acuerdo ministerial en el Registro Oficial, la Subsecretaría de Recursos Pesqueros efectuará un catastro de las naves pesqueras que estén operativas, el mismo que servirá de base para formar y actualizar el Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras y elaborará el instructivo para el desguace de las embarcaciones. SEGUNDA.- En el plazo de treinta días, contados a partir de la publicación del presente acuerdo ministerial en el Registro Oficial, la autoridad pesquera diseñará, difundirá y pondrá a disposición de la ciudadanía, mediante publicación u otros medios de mayor cobertura nacional, el procedimiento y formulario que será utilizado por los propietarios de embarcaciones pesqueras, para actualizar los datos de sus embarcaciones los mismos que confrontados se trasladarán al Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras. En el plazo de noventa días,

contados a partir de la publicación del presente acuerdo ministerial en el Registro Oficial, los armadores y/o representantes de las embarcaciones pesqueras deberán hacer llegar a la Subsecretaría de Recursos Pesqueros los formularios con la información solicitada. Vencido este plazo se considerará para el efecto la información constante en la base de datos de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros. TERCERA.- Prohíbese a partir del 1 de abril del 2012, la expedición de permisos de pesca para embarcaciones que no consten en el Registro Nacional de Embarcaciones Pesqueras. CUARTA.- Se dispone que el Subsecretario de Recursos Pesqueros, informe y gestione ante el Comité de Comercio Exterior (COMEX) para que de conformidad con las atribuciones establecidas en el Código Orgánico de la Producción, regule la importación de embarcaciones al tenor del presente acuerdo.

QUINTA.- Encárguese de la ejecución del presente acuerdo a la Subsecretaria de Recursos Pesqueros. El presente acuerdo entrará en vigencia a partir de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. (Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura, 2011)

El presente acuerdo es el más largo, posee doce artículos y cinco disposiciones transitorias, pero no por ello podemos decir que se encuentra debidamente motivado el acuerdo, ya que, lo que se establecen es sanciones y procedimientos para eliminar cupos y embarcaciones para así disminuir el impacto ambiental. Sin embargo siguen siendo disposiciones a priori, o con exámenes técnicos científicos o estadísticas que no han sido publicados o puestos a disposición del público, por ende, quien lea el articulado del acuerdo, sabrá los requisitos para deshacerse de la embarcación, sustituirla y de la creación del nuevo registro para tener el control de las mismas, pero aquello, sin lugar a dudas no refleja los parámetros de razonabilidad, comprensibilidad y de lógica.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El asunto es verificar las razones fácticas, jurídicas y constitucionales por las cuales se prohibió la pesca del camarón y por qué se permitió la de merluza. Por qué razones se cambió el tamaño de orificio de las redes. Por qué razones el número de barcos autorizados para pescar se redujo. Por qué razones se asignan los cupos.

A nivel constitucional vale resaltar y analizar si se pueden restringir derechos constitucionales, y de los que se llamaban derechos adquiridos, como de aquellos dueños de barcos, que se veían impedidos de zarpar por cuanto el cupo autorizado se redujo y el principal producto de pesca ya no era el que venían por años capturando. ¿Se puede restringir un derecho a través de un acuerdo ministerial o debe ser por ley? ¿Esa restricción qué tipo de efectos debe tener, inter comunis, inter partes o erga omnes? ¿Se puede solamente señalando elementos fácticos restringir derechos constitucionales, o en su defecto señalando normativa legal e infralegal solamente restringir tales? Son varias de las preguntas que se deben contestar.

La Constitución de la República del Ecuador establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos humanos<sup>20</sup>, sin embargo, la misma norma jurídica establece que para el ejercicio de los derechos no se exigirán condiciones o requisitos no previstos en la ley<sup>21</sup>, es decir, la misma Constitución nos remite a las leyes, como aquellas que permiten la imposición de condiciones o requisitos que restrinjan los derechos, en ese sentido no existe la posibilidad por lo menos a nivel formal, que la Constitución permita que una norma infra legal establezca condiciones o requisitos que restrinjan derechos, sin embargo a la Constitución remitirnos a la Ley, ésta última puede remitirnos a través de uno de sus artículos a un reglamento, o similar que contengan requisitos, como cuando una ley dice los requisitos serán los establecidos en el Reglamento Pertinente.

---

<sup>20</sup> Art. 11 CRE.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

<sup>21</sup> Art. 11 CRE.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Esa remisión de la Constitución a una ley, y de la ley al reglamento es factible y viable a nivel constitucional, a grosso modo, legítimo es el actuar del legislador constituyente al promulgar la nueva Constitución y al permitirle a la Ley que establezca requisitos al ejercicio de derechos y le da entonces el rango constitucional, pues, el derecho y su restricción deben estar al mismo nivel normativo como para que pueda causar efectos jurídicos, y al tener ese rango la Ley, le es factible también por emanar del legislador su remisión al Reglamento, que dicho sea de paso, puede ser dictado por el Ejecutivo, Organismo legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado, o cualquier otro de cualquier parte del sector público, y ésta remisión puede ser expresa como cuando parte del supuesto de conducta obliga a ir al Reglamento que completa la norma legal o cuando le delega toda la facultad expresamente, como cuando indica el reglamento fijará las prohibiciones.

Han pasado bastantes meses desde la entrada en vigencia del Acuerdo No. 20, que prohibía la pesca de arrastres y sin embargo no existe ningún estudio ambiental serio, efectuado por el Estado Ecuatoriano, que demuestre fehacientemente que se mejoró el ecosistema marítimo, se mitigó el daño, o se evitó de manera efectiva el cumplimiento de un daño potencial. Y este aspecto es que le permite que se siga cuestionando la legitimidad de mantener vigente una prohibición de esa naturaleza, que no nació por un acto de ley sino por un acto administrativo de un Ministro de Estado, que vulnera derechos constitucionales sin que exista hasta la fecha una motivación construida en base de argumentos sólidos, y no de estructuras gramaticales hipotéticas, referenciales, o de generalización.

## **V. ANEXOS**

### **a. Encuestas**

Mi nombre es Priscila Baidal, el presente tema es la prohibición de la pesca de arrastro a nivel constitucional, análisis del acuerdo ministerial N° 20 para la obtención del grado académico de Magister en Derecho Constitucional primera promoción, a continuación las preguntas de investigación al **Dr. Luis Ramiro Avila**

**Santamaría. P.-** Doctor, en el Ecuador se respeta el principio constitucional que obliga a todos los servidores públicos a motivar sus decisiones. **R.-** De manera general eso no está ocurriendo, es un principio de larga data en Ecuador, posiblemente en la primera constitución del Ecuador ya existía ese principio, luego el Código Civil y otras normas han ido más o menos regulando eso, pero más allá del tema normativo hay un problema de motivación de la sentencia pero también de otros actos del poder público, por dos razones primero porque el Estado no adopta una decisión responsable la sobre la gestión pública si y también ha sido una gestión pública autoritaria no tiene conciencia de que es un servicio público de los ciudadanos que son los mandantes de este servicio, son los dueños del servicio entonces tienen un Estado que no está acostumbrado hacer responsable y eso genera que los actos no se motiven sino que más bien sean como una especie formal digamos para efectos de cumplir algunos intereses políticos del Estado y en segundo lugar porque también hay un problema con la publicidad de los actos y es una consecuencia directa de esta forma de cómo se administra el Estado, entonces ahí hay una cultura pública del secreto, entonces en la medida que se mantenga en secreto los documentos públicos en esa medida cree el Estado que eso es lo adecuado, entonces digamos eso influye muchísimo en la motivación de los actos porque los actos no se cree que necesiten motivarse, sino que simple y llanamente se publican porque hay una orden específica de cumplir cualquier política pública, entonces me parece a mí que en un balance general, los problemas de motivación en el país son graves porque digamos no permite eso, una adecuada administración de justicia y tampoco permite una adecuada elaboración de las políticas públicas, las políticas cultas siguen siendo antidemocráticas y las sentencias terminan generando un problema de seguridad jurídica, entonces las sentencias deberían ser motivadas en sí mismo tienen una motivación en el mejor de los casos normativa, y muy desordenada, pero no incorpora los elementos ni tampoco a veces hay coherencia argumentativa que hable bien digamos de una motivación que sea materialmente buena. **P.-** Segunda pregunta, se debe prohibir un acto normativo que restrinja un derecho a través de una ley o se podría hacer a través de cualquier otro medio infra legal. **R.-** En principio por ejemplo hay que ver varios niveles de aplicación de las normas que pudieran establecer diferentes formas de prohibir o no un acto administrativo o normativo, si hay un nivel donde digamos por ejemplo la propia ley establece un margen amplio de regulación entonces por ejemplo el Art. 15

dice de tal ley, donde se está estableciendo una tasa a una tabla, la tabla de alimentos por ejemplo entonces dice ésta tabla se establecerá mediante resolución del Consejo de la Judicatura o sea da un amplio margen para establecer una regulación concreta, que eventualmente podría incluir algún tipo de prohibición ya ese es un nivel donde con amplitud digamos se podría por la misma disposición de la ley poder hacer ciertos cambios o prohibiciones vía reglamento, el segundo sería cuando la ley no establece una especie de norma de remisión, para que pueda regular con amplitud pero sin embargo, la propia lógica de la norma hace que sea necesario tener un reglamento, por ejemplo, una ley habla del sumak kawsay entonces pero no establece como se aplicaría o que margen de aplicación tiene ese principio, entonces allí la administración pública tiene como frontera la determinación de la ley pero tiene un amplio margen para poder regular, esas regulaciones podrían establecer eventualmente algún tipo prohibición de acuerdo a la idea del sumak kawsay; y un último nivel donde la propia ley digamos impide que sean a ciertas prohibiciones vía reglamento o cualquier otra vía, por ejemplo no sé, se me ocurre ahorita una ley que diga está prohibida por ejemplo la autoincriminación el Código Orgánico Integral Penal, ya se entiende que eso es un límite que no podría franquear ningún reglamento, si esa prohibición es tan explícita no puede cambiarse ni por reglamento excepto si es que por ejemplo una sentencia estableciera una interpretación de esa norma por algún motivo constitucional o de derechos humanos si, entonces en esos tres casos me parece una prohibición podría eventualmente modificar o no un acto normativo o pudiera no prohibir un acto normativo dependiendo de cada nivel. **P.-** Tercera pregunta la carga de la prueba en materia de daño ambiental es aplicable a este caso o no. **R.-** A ver en todos los temas que tienen que ver con derechos constitucionales, derecho humanos, la carga de la prueba el siempre corresponde al Estado, es un principio general digamos internacional de los derechos humanos, siempre la carga corresponderá al Estado, eso quiere decir que si hablamos de un daño ambiental producido por el estado, siempre corresponderá la carga al estado la carga de la prueba si, excepto si es que por ejemplo hay una alegación que deba ser demostrada por la otra parte, se invierte la carga de la prueba de una manera excepcional, la carga de la prueba siempre pertenece al Estado, en el daño ambiental incluso es mucho más fuerte este principio porque digamos se requieren estudios muy caros por ejemplo, entonces para demostrar un daño ambiental y muy posiblemente ese peritaje no lo

puede pagar sino solo el Estado, entonces el Estado tendría que pedir peritaje, pruebas que se practiquen de manera imparcial por técnicos que establezcan ese daño ambiental y eso solamente lo puede hacer el Estado es una garantía en favor del derecho de las personas, eso es. **P.-** Cuarta pregunta, se afectó el derecho al trabajo, el de la libre empresa, el de igualdad ante la ley, de reserva legal con la prohibición de la pesca de arrastre. **R.-** Sí bueno eso habría que verlo en el caso concreto porque digamos falta determinar eso otros elementos técnicos de los que yo no conozco para saber si es que en realidad hubo un problema de desproporcionalidad en el acto normativo, si hubo un problema de legalidad que ese es otro problema que tiene que ver con el derecho a los trabajadores, pero digamos de los pocos datos que tengo del caso parece ser que es una política que no estableció excepciones y esas excepciones hubiesen sido importantes para poder garantizar ciertos derechos de la empresa, de los dueños de la empresa sino también de los trabajadores, es una política que no fue consultada a la gente, entonces en esa medida yo presumo de los pocos hechos que conozco que si parecería que hay una violación de varios principios de los derechos laborales, reserva legal y todo eso que está comentándose ahí. Ya Doctor muchísimas gracias por su tiempo y su intervención.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario* . Madrid: Espasa Calpe SA.

Alexi, R. (2001). *Igualdad Correccional* . Madrid : ISinomía .

Asamblea Constituyente, N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

Bernal Pulido, C. (2005). *EL DERECHO DE LOS DERECHOS*. Colombia:  
UNIVERSAL EXTERNADO – COLOMBIA.

Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales* . Quito :  
Cevallos.

Comanducci, P. (2007). *Modelos e Interpretación de la Constitución*. Madrid :  
TRotta.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1994).

- Dworkin, R. (2007). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- FAVOREAU, L. (2000). *Legalidad y Constitucionalidad*. Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Goldstein, M. (2010). *Diccionario Jurídico Consultor Magno*. Buenos Aires: Cadiex Internacional.
- Guastini, R. (2007). *Estudios de Teoría Constitucional. : Doctrina Jurídica Contemporánea*. México: UNAM.
- Gustavo Zagreblesky. (2003). *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.
- Jorge Baquerizo Minuche. (2011). *Sobre Constitucionalismo, Principios y Ponderación*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- Jorge Zavala Egas. (2013). *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*. Perú : ARA.
- Jorge Zavala Egas. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucional y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- José García Falconí. (2011). *Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Julio Von Kirchmann. (1847). *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: CEC.
- Laporta, F. (2002). *El Principio de Igualdad*. Madrid: Trotta.
- Ley de Gestión Ambiental*. (2004). Quito: Registro Oficial Suplemento 418.
- Luis Cueva Carrión. (2014). *El debido proceso*. Quito : Cueva Carrión .
- Manuel, A. (1985). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Barcelona.
- Maqueda, S. (2010). *EL SENTIDO DE LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO*. Argentina: LA SABANA.
- Martínez, D. (2010). *EL ACTO ADMINISTRATIVO DE EFECTOS GENERALES*. *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2*, 255-256.
- Miguel Carbonell. (2003). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.
- Ministro de Agricultura, Acuicultura, Ganadería. (2012). *Acuerdo Ministerial No. 20*. Quito : Registro Oficial No. 660.
- Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura. (2011). *Acuerdo No. 405*. Quito: Registro Oficial No. 630, martes 31 de enero de 2012.

- Patricio Pazmiño Freire. (2010). *Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional*. Quito: FLACSO sede Ecuador.
- Pérez, V. (2009). *MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y ADMISIBILIDAD DE SU OMISIÓN ALEGANDO LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES*. Revista de Derecho (15105172). 2009, Vol. 8 Issue 15, p37-54. 18p.
- Pérez, V. (2009). *MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y ADMISIBILIDAD DE SU OMISIÓN ALEGANDO LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES*. Revista de Derecho (15105172). 2009, Vol. 8 Issue 15, p37-54. 18p.
- Perez-Luño, A. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona.
- Sentencia N. 014-14-SEP-CC, N. 0954-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Enero de 2014).
- Sentencia N. 020-13-SEP-CC, N. 0563-12-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 30 de MAYO de 2013).
- Sentencia N. 021-13-SEP-CC, N. 0960-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 04 de Junio de 2013).
- Sentencia N. 036-13-SEP-CC, N. 1646-10-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 24 de Julio de 2013).
- Sentencia N. 076-13-SEP-CC, N. 1242-10-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 18 de Septiembre de 2013).
- Sentencia N. 098-SEP-CC, N. 1850-11-EP (Corte Contitucional del Ecuador 26 de Noviembre de 2013).
- Sentencia No. 005-12-SIN-CC, 0017-10-IN (Corte Constitucional para el periodo de Transición 8 de Mayo de 2012).
- Sentencia No. 15-12-SIN-CC, 0004-08-IN (Corte Constitucional para el periodo de Transición 24 de Julio de 2012).
- Soriano, J. (2011). La libertad de Empresa. *Revista de Occidente*, 115.
- Subsecretario de Recursos Pesqueros. (2011). *Acuerdo No. 60*. Octubre: Registro Oficial No. 592, Jueves 8 de diciembre de 2011.
- Tribunal Constitucional de Colombia, 425/95 (Tribunal Constitucional de Colombia 26 de Septiembre de 1995).

Universidad de Murcia. (1992). *FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO: ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR MARINO HURTADO BAUTISTA*. Murcia: Secretariado de Publicaciones.

Zavala, J. (2010). *DERECHO CONSTITUCIONAL, NEO CONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*, EDILEX S.A. 2010,. Guayaquil: EDILEX S.A.

Zavala, J. (2013). *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*. Lima: ARA.