

Desafíos constitucionales
La Constitución ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Desafíos constitucionales

La Constitución ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*

Ramiro Ávila Santamaría,
Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau
Editores



Dr. Gustavo Jalkh Røbens
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

ISBN: 978-9978-92-651-2

Derecho de autor: 029857

Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008

1ra. edición: octubre 2008

Contenido

Presentación	7
<i>Gustavo Jalkh Röhens, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Presentación	9
<i>Patricio Pazmiño Freire, Presidente del Tribunal Constitucional</i>	
Prólogo	11
<i>Roberto Gargarella</i>	
1. Principios, derechos y garantías	
Derechos: enunciación y principios de aplicación	19
<i>Marco Aparicio Wilhelmi</i>	
Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales.	
De la <i>Daseinsvorsorge</i> al <i>Sumak Kawsay</i>	41
<i>Francisco Palacios Romeo</i>	
El derecho propio: ¡destapando la Caja de Pandora!	67
<i>Gina Chávez Vallejo</i>	
Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos.	
Avances conceptuales en la Constitución del 2008	89
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008	111
<i>Carlos Castro Riera</i>	
2. Funciones del Estado	
Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social	133
<i>Albert Noguera Fernández</i>	

La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador	159
<i>Roberto Viciano Pastor</i>	
Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano	171
<i>Rafael Balda Santistevan</i>	
La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana	189
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi	217
<i>Tania Arias Manzano</i>	
Las Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático	241
<i>Xavier A. Flores Aguirre</i>	
3. Supremacía de la Constitución	
Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional	257
<i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	
Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional	279
<i>Rubén Martínez Dalmau</i>	
4. Anexo	
Constitución de la República del Ecuador	293

Presentación

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Para construir una sociedad nueva, nadie debe olvidar los fundamentos que levantaron al ahora decadente neoliberalismo: defensa a ultranza del capital bajo formas individualistas de producción. Del Estado solamente se pedía no intervención, como si ello fuera suficiente para garantizar los derechos humanos. No intervención era la fórmula con la que se hacía creer al pueblo que sus derechos eran respetados. Aquella libertad trastocada, solamente luchaba por las formas, no por su materialidad. La libertad plena es la que hace que hombres y mujeres, desde la intangibilidad de su dignidad, alcancen su realización, siendo dueños de su presente y de la forma que direccionan su futuro.

Hablar sobre la Constitución del 2008 y la teoría que la explica significa referirse a sociedades nuevas, en las que la institucionalidad del Estado está concebida para el respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Una institucionalidad que se levanta en normativa, políticas públicas, sentencias y cualquier otro acto estatal para el efectivo cumplimiento de los derechos. Un Estado que deje de pensar que los derechos humanos solamente sirven para defenderse de ellos, y que empiece a creer en él mismo y en las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, para juntos, en una actuación interactiva, empezar a construir el futuro.

Hoy, en que bregamos para que los derechos reconocidos en la Constitución se plasmen en la realidad, aún se escuchan voces temerosas del cambio. Cuestionan las nuevas funciones del Estado, cuestionan la creación de una Corte Constitucional fuerte, e inclusive cuestionan, incomprensiblemente, la extraordinaria amalgama que la nueva Constitución realiza de los derechos, personas y grupos de atención prioritaria, y nuevas garantías constitucionales que amplían el horizonte de protección de los derechos, no

solo frente a las vulneraciones que puedan provenir del Estado sino aún de los particulares cuando se encuentren en una posición de poder frente al otro.

Escribir seriamente sobre la Constitución del 2008 implica tener una fuerza interna especial que se basa en la solidaridad. Escribir sobre neoconstitucionalismo de la forma que hoy se nos presenta significa tener un pensamiento nuevo que trasciende las viejas estructuras semi protectoras propias del neoliberalismo decadente, en la que el Estado solamente aparecía como arma y escudo protector de los grupos de poder.

Escribir organizadamente y sin más interés que esforzarse en brindar elementos para debatir de forma seria y profunda sobre la Constitución del 2008, plasmando en este libro tan nuevas y contundentes ideas, da cuenta de la presencia de académicos interesados en que la Constitución sea mejor comprendida y aplicada.

Felicitaciones a quienes con su fuerza mental y su corazón solidario lograron traspasar el reto impuesto para darnos ahora un magnífico logro. Tengan la seguridad que estas líneas que ahora nos presentan pasarán a ser una agenda de trabajo presente y futura del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, con seguridad, de otras instituciones públicas que sabrán encontrar en el cambio que ha llegado, con nuevos retos para construir una sociedad nueva.

Gustavo Jalbh Røbens

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Presentación

Presidente del Tribunal Constitucional

En junio del 2007, al llegar a la presidencia del Tribunal Constitucional, me encontré con un panorama nada alentador: esta institución, lejos de ser aquel magno recinto de garantía de la supremacía de la Constitución, con el que sueñan todos los constitucionalistas contemporáneos, era, en realidad, una instancia de gestión de los intereses corporativos de las elites del poder y un cuarto de a lado de los partidos tradicionales.

Aunque asumí con entusiasmo la tarea de darle al Tribunal Constitucional la dignidad y el lustre que debe tener una instancia de esta naturaleza en el contexto del cambio de época que vivimos, muy pronto me di cuenta que no bastaba con cambiar las formalidades para crear un control constitucional respetable y eficaz. Paralelamente, era necesaria una revolución cultural, un cambio de mentalidad, que permitiera superar la cultura jurídica legalista imperante en Ecuador, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o sustancial¹ que hiciera posible la supremacía de la Constitución y la prevalencia de los derechos de los ciudadanos.

Como se sabe, este paradigma Constitucional pretende convertir la Carta Fundamental en la “norma suprema” del ordenamiento a través de la subordinación de todos los poderes públicos y de los particulares a la Constitución, y la garantía real de los derechos de las personas por medio de un sistema de justicia eficaz, independiente y especializado. Y es justamente este modelo de Constitución el que aprobó la Asamblea Constituyente, a iniciativa, entre otros, del actual Tribunal Constitucional.

Por supuesto, la adopción de tal tipo de Estado tiene consecuencias tanto en el plano social como en el terreno de la teoría jurídica. En el plano

1 Sobre el particular, Ver: L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1989.

social, la asunción de dicho modelo genera una verdadera revolución de la relación entre la Sociedad y el Estado ya que, una vez que se toma como propio el constitucionalismo garantista, la ciudadanía cambia de papel frente al texto de la Constitución y todas las personas se transforman en intérpretes y garantes de la Constitución. Por su parte, desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente implica la eliminación del Estado legislativo; el establecimiento de una verdadera “jurisdicción” constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos²; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico³.

En Ecuador no hay aún disponible una literatura nacional que facilite este empeño y permita entender la urgencia de estos cambios sociales y normativos. En nuestro país, la teoría del derecho y el derecho constitucional siguen, por desgracia, anclados a los presupuestos ideológicos, teóricos y metodológicos del positivismo jurídico y, por tanto, el constitucionalismo emancipador y la teoría crítica del derecho son todavía una rareza bibliográfica solo asequible a unos pocos entendidos.

No existe en el Ecuador un análisis sistemático y crítico del constitucionalismo histórico ecuatoriano y mucho menos del derecho constitucional contemporáneo. En el caso de la nueva Constitución, la polarización polí-

2 Esto a pesar que desde 1945 las constituciones ecuatorianas incorporan alguna forma de control judicial de la constitucionalidad, nunca, hasta ahora, ese control fue “eficaz” y jamás estuvo vinculado con las necesidades y expectativas de justicia de la población. Y no ha sido eficaz por varias razones: a) en primer lugar, hasta hace muy poco, hasta 1996, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales solo podía declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas jurídicas que “no” tuvieran carácter legislativo; b) En segundo lugar, porque la justicia constitucional ecuatoriana anterior a la nueva Constitución, tenía una conformación corporativa ya que sus miembros eran elegidos por el Congreso Nacional de ternas provenientes de distintas instancias corporativas, entre ellas los sindicatos y las cámaras de la producción; y, finalmente, porque c) los ciudadanos no tenían acceso a ésta justicia, debido al carácter restringido de la legitimación activa en materia constitucional.

3 Como se sabe, en la teoría jurídica hace ya tiempo que se considera que el derecho es una disciplina argumentativa, no una ciencia exacta donde la lógica formal tenga absoluto predominio. Y eso es un punto esencial de la propuesta de justicia constitucional que promovió el Tribunal Constitucional, y uno de los puntos de conflicto con los defensores del conservadurismo jurídico ecuatoriano que siguen anclados en un entendimiento anacrónico y recalitrante del positivismo teórico.

tica y los intereses partidistas que estuvieron en juego empobrecieron el debate constitucional que, hasta el momento, en la gran mayoría de los casos, se ha limitado a la explosión de lemas y lugares comunes, sin que exista hasta ahora un mínimo acercamiento serio y doctrinario sobre las implicaciones políticas, jurídicas y sociales de la nueva estructura constitucional.

En este contexto, uno de los principales empeños institucionales del Tribunal Constitucional es precisamente ayudar a llenar este vacío, para lo cual se requiere un intenso proceso pedagógico que consiga transformar la cultura jurídica de los ecuatorianos, parte del cual incluye la creación de un fondo de publicaciones que difunda al público, tanto especializado como general, la filosofía política y praxis jurídica del Tribunal. Justamente, el primer resultado de este esfuerzo de divulgación teórica es este libro, auspiciado conjuntamente por Ministerio de Justicia y el Tribunal Constitucional. Texto cuyas características principales y virtudes quiero destacar:

- a) Se trata del primer acercamiento técnico al texto constitucional ecuatoriano del 2008, desde una perspectiva jurídico crítica y emancipatoria.
- b) El libro tiene detrás de sí, y no busca esconderlo, su ideología política. Se trata de un libro comprometido, en el que se asumen explícitamente los presupuestos metodológicos de lo que en la literatura jurídica se conoce como el neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos⁴.
- c) Es un compendio de teoría jurídica pues tiene una validez práctica envidiable. Aborda los principales problemas jurídicos y políticos de la nueva Constitución y aporta ideas generales para el desarrollo posterior de la doctrina constitucional.

4 El neoconstitucionalismo es una ideología, una teoría jurídica y una praxis social que busca establecer a los derechos fundamentales, como el eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación y legitimidad del Estado. Para ello, coloca a la Constitución como nuevo orden de valores que deja atrás su función formal para convertirse en la norma orientadora y en el fundamento de la convivencia ciudadana de nuestros días. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo, incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.

- d) Está escrito a partir de la experiencia directa de los autores en el proceso constituyente, pues todos los que escriben en él fueron, en algún momento, protagonistas indirectos de la Asamblea Constituyente del 2008.
- e) Es un libro plural y joven, porque sus autores son jóvenes constitucionalistas ecuatorianos y extranjeros que, por su condición, aportan una visión diversa del proceso constituyente ecuatoriano 2008, a partir de su propia experiencia personal.
- f) Es un libro multipropósito, porque si bien fue redactado en un lenguaje sencillo, que resalta lo positivo e innovador del nuevo texto constitucional, y analiza los aspectos más controvertidos de la Constitución, está escrito con el rigor técnico necesario para que interese a los especialistas.

En definitiva, estoy seguro que el texto que usted tiene en sus manos se convertirá en un valioso instrumento de análisis que dará pistas sobre algunos de los principales desafíos políticos y jurídicos de este proceso de transición que esperamos culmine con un cambio de época, esto es con una democracia para el siglo XXI: incluyente, participativa, garantista y profundamente humanista.

Patricio Pazmiño Freire

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Prólogo

Roberto Gargarella

La Constitución para el Ecuador se inscribe entre las varias e importantes iniciativas tomadas en la región, en los años recientes, destinadas a reorganizar institucionalmente a nuestras comunidades. El valor de este tipo de iniciativas se asienta en varias razones, que nos hablan de todo lo que hemos aprendido –y todo lo que aún nos resta por aprender– en materia constitucional.

En primer lugar, reformas constitucionales como la que aquí se examinan representan un desafío a la idea establecida –y tradicionalmente incuestionada– conforme a la cual los problemas y venturas de nuestros países se vinculan con cuestiones sociales, económicas, políticas, culturales, pero nunca con temas institucionales.

Prestar atención a la Constitución es un modo de reconocer, entonces, que parte de nuestras desdichas, y parte de las soluciones a nuestras penas, se relacionan con los modos en que diseñamos nuestra estructura institucional básica. Afirmar esto, por supuesto, no implica la ingenuidad de afirmar lo opuesto, es decir, considerar que cambiando la Constitución terminamos con la pobreza, con la desigualdad, con la inestabilidad política, con los rezagos económicos que acosan a Latinoamérica. No. Se trata de colocar las cosas en su lugar: las Constituciones importan, porque pueden facilitarnos la salida de una crisis, o retrasar el ingreso a ella; importan porque pueden ser condición necesaria o detonante de cambios sociales mayores; importan porque pueden fijar ideales y aspiraciones alcanzables y deseables; importan porque pueden representar pequeños pero decisivos pasos en pos de la autonomía individual y el autogobierno colectivo.

La mayoría de nuestras nuevas Constituciones ganan en valor por el modo en que se toman en serio tanto los aspectos democráticos, como

los relacionados con derechos, de nuestra estructura institucional. Es decir, hemos aprendido a reconocer, por un lado, que tiene sentido ajustar las tuercas y tornillos de nuestra maquinaria democrática, como que tiene hacerlo de un modo favorable a la intervención cívica en política: la política –nos interesa afirmar– es nuestra, de todos, y no de un grupo, o de una clase, o de los “ricos y bien nacidos” de los que se hablaba en el lenguaje constitucional de hace dos siglos –en la práctica, hace no tanto tiempo. Nuestras nuevas Constituciones son conscientes de ello y tal como la Constitución que aquí se analiza, insisten inequívocamente en la urgencia de la inclusión social, tanto como en la apertura de nuevos y mayores espacios para el activismo ciudadano. Por otro lado, esta revalorización de la política democrática, mayoritaria, viene de la mano de la reafirmación de nuestro compromiso con los derechos que corresponden a todos y a cada individuo. Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas Constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos, de sus privilegios y sus propiedades.

Este nuevo constitucionalismo regional, por lo demás, reafirma que hemos comenzado a reconocer, en este último tiempo, que pequeñas y aburridas reformas procesales pueden gravitar extraordinariamente en nuestro acceso, individual y grupal, a la justicia; en la transformación de una justicia de clase en una justicia forzada a atender los problemas de cualquiera; en el reconocimiento de nuestros intereses difusos, colectivos, compartidos.

Por lo demás, a fuerza de violencias y abusos cotidianos, cometidos por manos públicas y privadas, comenzamos a valorar el sentido del garantismo legal, y a asegurar las bases del cuidado del debido proceso para todos: los amigos y los que no lo son. Hemos comenzado a reconocer, por lo demás, la importancia de mirar a nuestras sociedades desde los ojos de los más desfavorecidos. Y por ello, nuestras constituciones se muestran más sensibles, por fin, a los derechos, prácticas y tradiciones de sus comunidades originarias, y mejor predisuestas a proteger y satisfacer las necesidades de grupos y minorías habitualmente perseguidas.

También forma parte de nuestro aprendizaje regional el rescate del valor del medioambiente, el reconocimiento de los problemas que afectan a nuestras aguas y tierras, la necesidad de evitar a toda costa la destrucción de nuestros recursos naturales. Hemos aprendido que nuestra vida en común es tan importante como el valor de las vidas de las generaciones que vendrán después de nosotros. Hemos aprendido que todas estas vidas dependen de la calidad del ámbito natural en el que nos movemos (la calidad del ámbito natural en el que queremos seguir moviéndonos) y que, por tanto, él mismo no puede ser tratado como una mercancía más, al alcance del mejor postor, sujeto a los vaivenes del mercado, abierto a su uso y abuso, dispuesto sin más para su explotación y saqueo. Y, además, hemos empezado a abrazar, decididamente, perspectivas que trascienden las de nuestras propias fronteras, reconociendo que el cuidado de nuestras vidas, nuestras democracias y nuestros derechos necesitan, de modo muy especial de la ayuda posible, deseable y alcance, de las demás naciones latinoamericanas.

¿Cuánto nos falta aprender todavía, en temas constitucionales?, ¿cuántas materias tenemos pendientes, y cuántas seguimos reprobando?, ¿cuántas preguntas nos falta por responder y cuántas aún no nos hemos siquiera planteado?, ¿cuántos problemas hemos respondido o planteado mal, ¿cuántos no hemos querido ver, cuántos nos hemos ocultado? Es difícil decirlo, pero el ejercicio de reflexión sigue siendo importante.

En tal sentido, aquí va una lista posible de cuestiones sobre las que, según entiendo, los latinoamericanos tenemos que meditar con más cuidado y decisión. Hemos optado por un modelo de constitucionalismo detallado y minucioso, en respuesta a imperdonables olvidos, omisiones y fracasos constitucionales, una de las posibilidades que teníamos abierta frente a nosotros. De todos modos, merece que nos preguntemos si la parquedad constitucional que combatimos no es compatible, también, con un constitucionalismo progresista y de avanzada. Necesitamos volver a plantearnos, por lo demás, el valor del presidencialismo, su contribución a la transformación social y a la estabilidad política de la región, su relación de amistad o definitiva tensión con los ideales participativos que proclamamos.

El conocimiento académico acumulado en la materia es extraordinario, y no podemos darnos el lujo de ignorarlo. Necesitamos seguir pensando en Latinoamérica, como en todo el mundo, sobre los detalles del mecanismo

de “frenos y contrapesos” que hemos escogido; los modos de la interpretación constitucional; el valor de que la “última palabra” constitucional siga estando en boca del pueblo. Necesitamos reflexionar sobre los modos capaces de transformar las oportunidades e invitaciones a la participación colectiva, en acciones efectivas, propias de la intervención mayoritaria: ¿Cómo fomentar la virtud cívica que tales acciones requieren?, ¿qué particulares incentivos pueden tornar realidad cotidiana el compromiso público con la política?, ¿qué nuevos foros necesitan las energías cívicas que hoy encallan en tierra seca?

Todos nosotros, los que estamos comprometidos con el valor de la política mayoritaria, debemos esforzarnos por asegurar que nunca se desate el nudo que merece vincular a la participación con la deliberación, informada, transparente y accesible a todos: la participación sin deliberación es manipulable; la deliberación sin participación es el gobierno de las elites. Necesitamos trabajar por el igualitarismo económico, que haga posible y le dé sentido a la política colectiva. Necesitamos empezar a escuchar a las voces que habitualmente han sido silenciadas o no hemos querido o sabido escuchar. Necesitamos seguir aprendiendo, unos de otros, como seguimos necesitando, cada uno, de la fraternal ayuda de todos los demás.

Principios, Derechos y Garantías

Derechos: enunciación y principios de aplicación

Marco Aparicio Wilhelmi*

Sumario

I. Introducción: el Ecuador como Estado constitucional de derechos. II. Derechos y constitucionalismo material. III. Los principios de aplicación como anclajes de un sistema de derechos. IV. Los derechos como herramientas para una inclusión igualitaria

I. **Introducción: el Ecuador como Estado constitucional de derechos**

Una de las primeras cuestiones que saltan a la vista al analizar el contenido de la nueva Constitución es el extraordinario peso que el texto concede a los derechos. Los títulos segundo y tercero que, respectivamente, recogen los derechos y sus garantías, comprenden ochenta y cinco artículos, casi la quinta parte del total. Pero lo más importante es que el protagonismo no solo es numérico sino que va mucho más allá.

En primer lugar, se trata de una centralidad fundamentada en la osadía con la que se asume no un mero listado de derechos, sino un renovado y

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Girona. marco.aparicio@udg.edu

renovador discurso de los derechos, que deja atrás el verso dominante que ha llevado a su desustancialización, a la pérdida de su capacidad de confrontación y de cambio.

En segundo término y relacionado con lo anterior, existe una obstinada determinación de asegurar la efectividad de los derechos. El texto constitucional no se limita a declarar su existencia: abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento.

La nueva Constitución incorpora garantías primarias, es decir, establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto Legislativo como Ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización de los derechos. A tales garantías, se dedican íntegramente dos títulos: el sexto (“régimen de desarrollo”) y séptimo (“régimen del buen vivir”), que comprenden un total de ciento cuarenta y ocho artículos. Por si éstas fallaran, se prevé un variado y bien armado régimen de garantías secundarias o jurisdiccionales, tanto en el ámbito de la Función Judicial como mediante distintas vías de acceso a la Corte Constitucional. Y, por último, el texto incorpora, explícitamente, mecanismos sociales de exigencia y control, por medio de la Función de Transparencia y Control Social (capítulo quinto del título IV), además de las distintas formas de participación (capítulo primero del título IV) y de los derechos que en sí mismos implican formas de exigencia y de control ciudadano (derechos de reunión y manifestación, de asociación, de expresión e información, etc.).

En tercer lugar, la amplitud de derechos recogidos coloca a la nueva Constitución en una posición de vanguardia, especialmente por la inclusión de derechos esenciales de los que, sin embargo, apenas existen referentes normativos, como el derecho al agua o el derecho al hábitat.

Pero más allá de esa riqueza, destaca por encima de todo la diversidad de sujetos. Los derechos son referidos no solo a las personas individualmente consideradas, sino que se consagra, de manera general, la dimensión colectiva de los derechos (artículos 10 y 11), sin perjuicio de la existencia de un capítulo específico que contiene los derechos de “las comunidades, pueblos y nacionalidades” (capítulo cuarto del título II). Por otro lado, se dedica un capítulo a los sujetos que merecen una atención prioritaria (capítulo

tercero del título II), entre los que se encuentran las personas adultas mayores, jóvenes, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, migrantes, personas con discapacidad o personas privadas de libertad.

Por otra parte, como una de sus más sobresalientes novedades, la Constitución del 2008 dedica un capítulo a los derechos de la naturaleza (capítulo séptimo del título II). Con esta decisión, la Asamblea Constituyente rompe con algunos de los esquemas más dogmáticos y conservadores en materia de titularidad de derechos, pues la entiende más allá de los seres humanos, abriendo así nuevas perspectivas sobre la concepción misma y la función de los derechos.

Por último, el protagonismo de los derechos, su consideración como verdadero eje de toda la Constitución, se manifiesta con claridad en los principios generales de aplicación contemplados en el capítulo primero del título II. Con precisión, el texto constitucional establece criterios llamados a evitar que los derechos enunciados se queden en meras aspiraciones, ideales desmentidos en el contexto de las relaciones sociales y económicas y en el funcionamiento de las instituciones. Para ello, se consagran los principios de exigibilidad, tanto individual como colectiva, de igualdad, de directa e inmediata aplicabilidad, de plena justiciabilidad, la responsabilidad del Estado tanto por las acciones como por las omisiones que provoquen vulneraciones de derechos, o el principio de no regresividad, que impide cualquier acción u omisión que, de manera injustificada, menoscabe el contenido de derechos ya reconocidos. Además, se enuncia y después el sistema de garantías se encarga de asegurar, el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y la igual jerarquía de todos los derechos. Como a continuación veremos, estos principios hablan de la determinación con la que el texto constitucional considera los derechos y sus garantías; los derechos se “toman en serio”, una seriedad que alcanza a todos los derechos, sin distinciones.

El hecho de que la nueva Constitución haya optado por separar los derechos en distintos capítulos no conlleva un trato diferente que implique una diferente jerarquía ni cuestiona la interdependencia que ha de vincular a todos los derechos entre sí. En efecto, el título II contiene diferentes grupos de derechos: derechos del buen vivir (capítulo segundo); derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo tercero); derechos

de las comunidades, pueblos y nacionalidades (capítulo cuarto); derechos de participación (capítulo quinto); derechos de libertad (capítulo sexto); derechos de la naturaleza (capítulo séptimo); y derechos de protección (capítulo octavo).

Merece la pena subrayar que la terminología empleada, además de ayudar a definir con mayor claridad el contenido de los derechos a los que se refiere, sirve para reforzar la intención constituyente de dejar atrás anteriores clasificaciones de derechos que sí han sido jerarquizantes. Al rechazar el empleo de la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, se pretende enterrar la doctrina de las generaciones y de la distinta estructura y valor que la lectura liberal dominante ha tratado de implantar dándola por supuesta. Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo activo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de “derechos del buen vivir”, la traducción del *sumak kawsay* kichwa, que constata la presencia de las aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos.

Los elementos recién expuestos, de manera general, vienen a llenar de sentido la categorización que la nueva Constitución hace de la forma del Estado, cuando se refiere al Ecuador como “Estado constitucional de derechos” (art. 1). Se supera así la tradicional alusión a la conformación del estado como “estado de derecho”, anclada en la tradición liberal de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. El proyecto presupone esta sujeción pero va más allá y define al Estado ecuatoriano por su vinculación no al derecho sino a los derechos. Con ello sitúa a sus titulares, a los sujetos, ya sean individuales o colectivos, como auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico; como pieza básica, activa, y no como objeto de regulación. En definitiva, con claridad, se marca el carácter instrumental de la organización política y de los mecanismos jurídicos para la protección de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las

personas, de los grupos y de la naturaleza; se trata de las condiciones para la realización del “buen vivir” o *sumak kawsay* que inunda el texto constitucional.

II. Derechos y constitucionalismo material

Merece la pena subrayar la trascendencia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Constituyente reunida en Montecristi. En efecto, como en ningún otro texto de la Constitución que analizamos, representa lo que ha venido a llamarse “neoconstitucionalismo”, entendiendo por tal aquél en el que las Constituciones “no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”¹. Ejemplos de este nuevo constitucionalismo se suceden especialmente a partir del último tercio del siglo pasado (España, 1978; Brasil, 1986; Colombia, 1991; Venezuela, 1999) y en el presente siglo con el texto constitucional boliviano de 2006, que se encuentra a la espera de su definitiva aprobación en referéndum.

El texto de Ciudad Alfaró supone una nueva vuelta de tuerca, un paso más en el camino de la “materialización” del constitucionalismo, en directa confrontación con las tendencias cada vez más intensas que, en el marco de los dictados del proyecto neoliberal, potencian la procedimentalización del derecho, es decir, la reducción del mismo, y con ella del propio Estado, al papel de garante de un espacio, de formas o procedimientos, de negociación privada entre grupos de intereses².

1 M. Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-IJ (UNAM), 2007, p. 10.

2 Sobre esta cuestión, Estévez Araujo señala que nos encontramos en un proceso caracterizado por “la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de intereses afectados. En esta modalidad, el Estado puede reservarse más o menos poderes de regulación del proceso de decisión y aplicación: puede estar en condiciones de regular el proceso de negociación, puede no ser sino una parte en ese mismo proceso, o puede dejar que los grupos de interés se auto-regulen y, luego, limitarse a poner el marchamo oficial a sus decisiones”, J. A. Estévez Araujo, “La ciudadanía europea en el mundo de la globalización”, J. R. Capella (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*,

El texto que analizamos reivindica el derecho constitucional como derecho axiológicamente comprometido, y no a partir de genéricos valores o principios consagrados de manera más o menos simbólica o difusa, sino a través de un prolijo listado de derechos, de un completo sistema de garantías y de un rico programa de intervención del Estado en las condiciones que hacen posible la efectividad de tales derechos.

Como señala Ferrajoli, de entre los principios que generan la dimensión axiológica, sustancial, de los textos constitucionales, los más relevantes son los derechos fundamentales, que conforman “vínculos sustanciales normativamente impuestos (...) tanto a las decisiones de la mayoría como del libre mercado” y que no son el producto de autolimitaciones que consiente el Estado sino “derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado”, cuya protección constituye la causa del pacto constitucional³. Los derechos deben entenderse, pues, en buena medida, como contrapoderes.

Hablamos, así, de un pacto jurídico y político que expresa la soberanía popular en su dimensión constituyente, de ahí que el texto no se limite a establecer procedimientos sino que opte por condicionar materialmente lo que los poderes, públicos y privados, deben hacer o dejar de hacer. Por esta razón, la Constitución aprobada nos proporciona un texto de carácter abierto, resultado de un pacto político entre fuerzas heterogéneas. De ahí la inadecuación de determinados métodos de interpretación elaborados por el positivismo para la ley y la necesidad de manejar en su aplicación los criterios de ponderación de derechos y bienes jurídicos o el juicio de proporcionalidad. En coherencia con el carácter marcadamente finalista del texto otro de los criterios interpretativos imprescindibles será el criterio teleológico pues la nueva Constitución pretende fines para los que se arbitran procedi-

Madrid, CGPJ, 1999, pp. 350-351.

- 3 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, (5a ed.), pp. 52-53. De la omnipotencia del legislador propia del s. XIX se pasa a su sometimiento a principios y derechos contenidos en la Constitución, auténtico cambio de paradigma que podemos situar en el tiempo con el fin de la Segunda Guerra Mundial. “No se trata”, en palabras de Ferrajoli, “de eliminar o de poner en crisis la separación entre Derecho y moral realizada con el primer positivismo sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de Derecho. (...) El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico (...). La jurisdicción ya no es la simple sumisión del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar o de su legitimidad constitucional”. *Ibíd.*, pp. 66-67.

mientos, sin duda, pero, sobre todo, derechos que son, al mismo tiempo, objetivos a cumplir y condiciones para la consecución de tales finalidades.

Todo lo anterior permite prever que la vigencia y aplicación de la Constitución ecuatoriana del 2008 seguramente dependerá, al menos en su fase inicial de andadura, de una activa participación de la Corte Constitucional, como garante último de sus contenidos. Ahora bien, merece la pena advertir, del mismo modo, que dicho protagonismo no debería extenderse hasta el punto de ensombrecer la centralidad de los procesos deliberativos en el marco de la Función Legislativa, representación directa de la soberanía popular.

En definitiva, a través de la nueva Constitución las asambleístas y los asambleístas de Ciudad Alfaro expresan una firme voluntad de democratización material de la sociedad. En sus decisiones late el rechazo de las visiones más procesuales del principio democrático y del derecho constitucional, aquéllas que sitúan en el centro del debate los procedimientos para la toma de decisiones, olvidándose de las condiciones materiales que deben garantizar que la participación sea verdaderamente plural. Tales condiciones materiales dependen de la efectividad de los derechos, de todos ellos, desde su interdependencia, su indivisibilidad y su igual jerarquía. Nos hablan, como hace De Sousa Santos, de un proceso social que asegure “la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida”⁴.

III. Los principios de aplicación como anclajes de un sistema de derechos

En su capítulo primero (título II), la nueva Constitución agrupa los principios que explican y dan coherencia sistémica al conjunto de derechos constitucionalmente consagrados. Se trata de un listado completo de principios de aplicación, determinante para la comprensión de los derechos, tanto en el plano de sus garantías primarias como secundarias. Ya se han enunciado

⁴ Así define De Sousa Santos el principio democrático visto, necesariamente, como proceso social. B. De Sousa Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, p. 34.

anteriormente algunos de los principios más relevantes. Precisaremos ahora, de manera sucinta, su significación.

La lectura del listado de principios de aplicación nos arroja como primera conclusión que, en materia de derechos, la voluntad constituyente supone una decidida reacción frente al carácter meramente programático, declarativo del reconocimiento de derechos. Como sabemos, una de las carencias más significativas y preocupantes del constitucionalismo de los últimos tiempos ha sido que la incorporación de nuevos derechos, especialmente de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, se ha producido a cambio de debilitar, cuando no de hacer desaparecer, los mecanismos que aseguran su exigibilidad, esto es, su propio carácter constitucional.

Como es conocido, la progresiva consagración de los derechos como auténticos derechos constitucionales solo se ha perfeccionado, cuando así ha sido, respecto de los derechos más vinculados a los ámbitos civil y político. Los derechos de los ámbitos económico, social, cultural y ambiental, salvo excepciones como el derecho a la educación (en algunos textos y con matices), aunque formalmente incorporados al corpus constitucional a menudo han sido vaciados de garantías, hasta el punto de llegar a perder la propia esencia constitucional, esto es, su especial capacidad de resistencia frente a la actuación de poderes públicos y privados, incluida la propia Asamblea Legislativa. Esta capacidad de resistencia constitucional, obviamente, debe alcanzar la posibilidad de acceder a órganos judiciales independientes cuando cualquiera de los sujetos obligados, públicos o privados, incurre en vulneración de derechos, ya sea por acción o por omisión. Pues bien, la mayor parte de textos constitucionales (a partir de la interpretación que de los mismos se ha acabado imponiendo) han desdibujado hasta hacerla irreconocible esta segunda dimensión constitucional que debería referirse a todos los derechos por igual.

Frente a la devaluación de los derechos sociales y las razones esgrimidas por el discurso dominante, han surgido voces críticas que, al margen de apuntar la necesidad de cambios constitucionales, han sabido avanzar en formas de exigibilidad, acogidas en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, y en una fundamentación teórica que pone de manifiesto el carácter en buena medida prejuicioso y político de los pretendidos motivos “técnicos” o estructurales que aconsejarían mantener la división, jerárquica al fin,

entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales, económicos, culturales y ambientales⁵, por otro.

Pues bien, el texto constitucional que analizamos reacciona frente a la situación recién descrita con precisión y contundencia e incorpora, referidos a todos los derechos sin distinción, los principios de exigibilidad, tanto individual como colectiva, de directa e inmediata aplicabilidad y de plena justiciabilidad (numeral tercero del art. 11). Con ello, se cierra el paso a toda interpretación que busque derivar la efectividad de algunos de los derechos consagrados a su posterior configuración legal, amparándose en razones de disponibilidad económica o de respeto de la discrecionalidad del legislador a la hora de configurar el contenido amparado por los derechos “declarados” en el texto constitucional.

Al referirse a la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos, se hace referencia no solo a los consagrados constitucionalmente, sino también a los establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que incluye los derechos contenidos en Declaraciones de derechos humanos aprobadas por el Estado ecuatoriano, siempre y cuando contengan derechos no previstos en el texto constitucional o un nivel de protección más amplio que el dispuesto por el ordenamiento interno. A esta previsión hay que añadirle la prevista por el numeral séptimo, conforme a la que “el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. Se trata de la alusión a la existencia de derechos implícitos. Para preservar su dimensión garantista este precepto, por lo demás común en la tradición constitucional latinoamericana, debería ser interpretado como reconocimiento no de cualquier derecho no enunciado sino de aquellos que se deriven con claridad de los valores y principios contenidos en la Constitución.

5 Merece la pena acudir a las obras de G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, de V. Abramovich y de Ch. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004. Ver también A. Baldassarre, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado, 2001. Como marco general, sin duda, L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, ob. cit.

Las anteriores provisiones se complementan con una declaración general sobre el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y la igual jerarquía de todos los derechos. Debe destacarse que hasta el momento ningún texto constitucional ha recogido de manera tan clara y directa principios que apenas han logrado aparecer en el derecho internacional de los derechos humanos hasta tiempos muy recientes y gracias al trabajo de las relatoras y relatores especiales de Naciones Unidas (NNUU), al Comité DESC de NNUU por medio de sus observaciones generales, o a textos como el la “Declaración y el Programa de Acción de Viena” (1993), firmada por 171 países que se comprometen a desarrollar un plan para fortalecer la aplicación de los derechos humanos partiendo de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

En virtud de tales principios, los derechos constitucionales no pueden ser sustraídos o suspendidos individual o colectivamente sino es en virtud de las propias provisiones constitucionales; no pueden ser, igualmente, objeto de renuncia previa por parte de sus titulares, de modo que en ninguna relación jurídica una de las partes podrá pretender que la otra parte prescindiera de ejercer alguno de los derechos reconocidos por la Constitución.

El principio de indivisibilidad de los derechos puede aludir a dos dimensiones. Por un lado, puede entenderse desde cada uno de los derechos, perspectiva desde la que se exige que su cumplimiento se realice de manera íntegra. En otras palabras, el contenido de los derechos es uno y no conoce de términos medios: cualquier menoscabo supone su vulneración. Pero es la dimensión conjunta de la indivisibilidad la más relevante: todos los derechos, de manera inescindible, forman parte de un cuerpo integral de derechos que comparten las mismas características axiológicas y estructurales. Son derechos, si se quiere, “híbridos”, pues todos ellos, cada uno con distintos matices e intensidades, comportan las mismas obligaciones por parte de los poderes públicos y privados: obligaciones tanto de abstención como de prestación, de acción y de omisión, y en parte onerosas y en parte no onerosas.

La indivisibilidad, así entendida, se engarza directamente con los principios de interdependencia y de igual jerarquía, frecuentemente esgrimidos por quienes han perseguido una verdadera constitucionalización de los

derechos sociales, económicos, culturales y ambientales. En efecto, se ha insistido, y la práctica de los derechos así lo ha venido a constatar, que difícilmente los derechos pueden entenderse como compartimentos estancos. La efectividad de un derecho redundará en la efectividad del resto; el incumplimiento de un derecho afecta directamente en las condiciones de ejercicio del resto. Del disfrute de una vivienda digna depende la efectividad de derechos como la libertad de residencia o de circulación y la intimidad personal y familiar, por hacer referencia a derechos del ámbito civil. Cualquier restricción del derecho a la asistencia sanitaria puede derivar en una afectación directa del derecho a la integridad física e incluso del derecho a la vida⁶.

El corolario de los principios recién expuestos es el rechazo de cualquier tipo de relación jerárquica entre los derechos. Con la inclusión de este principio, el texto entierra las dinámicas que han justificado la preterición de unos derechos por otros. El compromiso axiológico que la Constitución representa se extiende a una consideración igualitaria de las distintas necesidades que los derechos amparan. Los derechos, en efecto, vienen a responder a la existencia de necesidades o intereses amenazados y la Constitución opta por no distinguir distintos grados de importancia o la preferencia de unos derechos sobre otros. En caso de conflicto entre derechos, deberá procederse a una ponderación de los intereses en juego, ponderación que deberá atender al grado de afectación de tales intereses, valorando la posición de mayor o menor vulnerabilidad que ocupe cada sujeto y en función, también, de consideraciones de tipo objetivo, esto es, que trasciendan la dimensión meramente subjetiva de los derechos para atender a necesidades sociales y del sistema de derechos en su conjunto.

Junto con los principios recién comentados, el mismo art. 11 incorpora el principio de no regresividad, otro principio nacido de la defensa de la

6 De hecho, la interdependencia entre los derechos ha llevado a suplir el debilitamiento de mecanismos de protección de los derechos sociales mediante fórmulas de protección indirecta, esto es, a través de su vinculación con la efectividad de derechos civiles o políticos. Así, por ejemplo, en el contexto español, recientemente se impidió judicialmente el desalojo de una pareja anciana cuya vivienda estaba incluida en un plan urbanístico que preveía la construcción de un complejo habitacional de lujo. La medida judicial se fundamentó no en la aplicación del derecho constitucional a una vivienda digna, sino con base en el menoscabo que el desalojo iba a producir en la integridad física y psicológica de las personas afectadas.

efectividad de los derechos sociales en un contexto adverso. Con él, el texto constitucional traslada a los poderes públicos no una obligación de irreversibilidad, esto es, de intangibilidad del contenido de los derechos existente en un momento determinado, sino más bien la proscripción de toda intervención que suponga un retroceso arbitrario en el nivel de protección que en cada momento se logre alcanzar. El principio de no regresividad se refiere especialmente al contenido prestacional de los derechos. De lo que se trata es de asegurar que una vez que la asamblea legislativa y los poderes públicos en general asumen compromisos para la prestación de los servicios que dan forma o acompañan la efectividad de un derecho, en el futuro no pueda existir una desatención o limitación arbitraria de los mismos. Tradicionalmente, la tendencia a la identificación entre derechos sociales con derechos prestacionales ha llevado a que la no regresividad haya sido considerada como aspecto relativo a los derechos sociales. Pero una vez rota esta simplista identificación, esto es, una vez consagrada la indivisibilidad entre derechos y la existencia de un contenido complejo, híbrido, de todo tipo de derecho, el principio de no regresividad deberá actuar allí donde exista una actividad prestacional articulada como contenido de un derecho, sea del ámbito que sea.

Directamente vinculado al principio recién expuesto, se encuentra el carácter progresivo del desarrollo de los derechos, previsto en el mismo numeral. Lejos de suponer una vía de escape o aplazamiento de la responsabilidad de los poderes públicos, la alusión a que los derechos constitucionales se desarrollarán de manera progresiva supone, simple y llanamente, la otra cara del principio de no regresividad: los poderes públicos están llamados a asegurar el contenido de los derechos, para lo cual deberán adoptar medidas conducentes a lograr su efectividad, medidas que irán asegurando, de manera progresiva -no regresiva-, las posibilidades de ejercicio de los derechos. En otras palabras: el principio de progresividad constata que los derechos son expectativas perfectibles en el tiempo y susceptibles, por tanto, de permanente actualización y optimización. Progresividad, en cualquier caso, no equivale, como ha quedado claro en el derecho internacional de los derechos humanos, a postergación o dilación "sine die" de la realización efectiva de los derechos. Por el contrario, los poderes públicos deberán demostrar, de manera constante, que están realizando el máximo de esfuer-

zos y hasta el máximo de recursos disponibles, para cumplir con las obligaciones de respeto, protección y promoción.

Siguiendo la línea de la máxima efectividad de los derechos, el numeral quinto del art. 11 recoge un principio que se ha desarrollado en otros ordenamientos, aunque a menudo de modo jurisprudencial. Se trata del principio según el cual “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Mediante este criterio, el margen de discrecionalidad en la aplicación normativa por parte de los órganos administrativos, en ocasiones fuente de abusos difícilmente controlables, se ve notablemente limitado pues tan solo podrá esgrimirse cuando entre las distintas opciones aplicativas ninguna favorezca más que otra la vigencia de alguno de los derechos constitucionales. Otra cuestión es que varios derechos constitucionales puedan verse afectados de distinto modo por el margen aplicativo de una norma, en cuyo caso deberá combinarse el criterio de la máxima efectividad con los principios de ponderación y de proporcionalidad, ya referidos.

El último numeral del art. 11 viene a culminar el celo garantista expresado en los anteriores mediante la especificación de la responsabilidad de reparación de todo agente público, o de particulares que actúen en ejercicio de potestades públicas, cuando se produzca una vulneración de derechos constitucionales por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o, en general, “por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. A continuación, el principio de responsabilidad del Estado se explicita en el ámbito judicial, con el claro objetivo de asegurar que la cadena garantista no se rompa en su último eslabón. Concretamente, se prevé la responsabilidad del Estado, además de los casos de detenciones arbitrarias, por “error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”. En los casos en que una persona haya sufrido pena por virtud de una sentencia condenatoria posteriormente reformada o revocada, se establece además que el Estado reparará a la persona y, “declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

Hemos dejado para el final la consideración de la igualdad como principio aplicativo de los derechos, recogido en el numeral segundo del art. 11. Se trata, sin lugar a dudas, de uno de los principios fundacionales del constitucionalismo democrático y, en consecuencia, una de las reglas constitucionales más asentadas. Es más, la estructura misma de los derechos nos conduce a la igualdad frente al privilegio: un derecho no puede ser una pretensión arbitraria e inmotivada, sino una expectativa que alega razones y argumentos, que se estima “fundada”, “legítima” y un indicio clave de esa legitimidad debe ser su carácter generalizable, es decir, la posibilidad de que también los demás puedan alegar una pretensión similar en circunstancias similares. Este carácter generalizable liga la noción de derecho a la de igualdad y lo confronta a la noción de privilegio. Mientras un derecho entraña una expectativa tendencialmente generalizable, inclusiva, igualitaria, un privilegio comporta una pretensión tendencialmente restrictiva, excluyente, desigualitaria⁷.

En el art. 11, el principio de igualdad aparece recogido como regla aplicativa pero es mucho más que eso puesto que, por las razones recién expuestas, acaba trasladándose al plano de la determinación del contenido constitucional de los derechos: en la delimitación de las facultades que un derecho comporta, esto es, de su contenido, se atenderá necesariamente a que éstas sean iguales para todos los sujetos que se hallen en las mismas circunstancias. No hay que perder de vista, por otra parte, que el proyecto constitucional incorpora también el principio de igualdad en tanto que derecho subjetivo a la “igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (numeral sexto del art. 66, dentro de los derechos de libertad), además de otras referencias en distintos derechos (en el marco de los procesos judiciales, del matrimonio, en el trabajo o, en general, en el marco de los derechos de sujetos de atención prioritaria).

No es el lugar para desarrollar el extenso y complejo debate sobre la incidencia del principio de igualdad en los derechos. Bastará con referirnos

7 Estas cuestiones, junto con otras referidas al concepto de los derechos, he tenido ocasión de abordarla con el profesor Gerardo Pisarello en M. Aparicio Wilhelmi y G. Pisarello Prados, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en V. M. Sánchez Sánchez y S. Bonet Pérez (coords.), *Derechos humanos*, Barcelona, Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya, 2006, pp. 1-28.

a los caracteres generales de su plasmación en el marco del art. 11. La primera cuestión a resaltar es que, pese a ubicarse en el capítulo referido a los principios aplicativos, aparece más bien como principio general orientador de la actuación de todos los poderes públicos y también de los particulares. En segundo lugar, el precepto asume con claridad que el principio de igualdad no puede ser restringido a su dimensión formal, esto es, al reconocimiento de los mismos derechos sin atención de las circunstancias materiales que condicionan su ejercicio. Por ello, de un lado se habla de igualdad no solo de derechos y deberes sino también de oportunidades y, de otro, se exige que el Estado adopte “medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Se incorporan acciones afirmativas o positivas que obligan al Estado a atender a la marginación social real de individuos y grupos para revertirla mediante derechos distintos, que no discriminatorios, en favor de dichos grupos.

Además, se prevé un listado de “categorías sospechosas” que, junto con una previsión abierta final referida a “cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”, advierte de cuáles circunstancias son especialmente merecedoras de atención a la hora de asegurar que no se produce ningún tipo de discriminación, ni de manera directa ni indirecta.

Debe decirse que el listado apunta de modo valiente algunas de las razones de discriminación más preocupantes, pues al margen de las más frecuentemente reconocidas, se habla de la identidad de género, orientación sexual, identidad cultural, idioma, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, diferencia física o portar VIH.

En definitiva, por lo que ha sido señalado podemos afirmar que la configuración del principio de igualdad en el art. 11 va más allá de su dimensión aplicativa, apuntando los elementos de su comprensión como principio general del ordenamiento y del derecho constitucional en su conjunto.

IV. Los derechos como herramientas para una inclusión igualitaria

La apuesta por los derechos de la nueva Constitución ecuatoriana es un pulso a las dinámicas de exclusión y de desigualdad vigentes en nuestros sistemas socioeconómicos. Se trata de una herramienta jurídica con la que se busca desmontar los colonialismos, internos y externos, es decir, con la que revertir las condiciones de dominación de unos sujetos, individuales y colectivos, sobre los demás.

Con tal objetivo, el texto constitucional apunta los elementos esenciales de una concepción de los derechos que busca recuperar su fuerza discursiva frente a las situaciones de opresión y de privilegio que se hallan tras cualquiera de sus vulneraciones. La finalidad es superar la visión, hoy hegemónica, de que la vulneración de derechos humanos debe entenderse como algo fruto de puntuales coyunturas políticas o accidentes naturales, para pasar a situar en el punto de mira la posición desigual que ocupan los distintos sujetos en la sociedad.

Como bien sabemos, en las sociedades actuales no todos los sujetos ocupan idéntica posición. Aunque los derechos sean tendencialmente generalizables, y de ahí que el principio de igualdad ocupe una posición preferente, es evidente que incumben sobre todo a los sujetos más vulnerables, es decir, a aquellos cuyas necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos a causa de la posición política, social, cultural o económica que ocupan en la comunidad. De manera correlativa, aunque los deberes, reverso de los derechos, puedan ser tendencialmente generalizables, incumben especialmente a los sujetos con más poder, esto es, a quienes, también por su posición política, social, cultural o económica, pueden condicionar la satisfacción de los intereses o necesidades de otros. Los derechos son, en definitiva, contrapoderes, la “ley del más débil”.

Desde estos presupuestos, el texto constitucional ecuatoriano prevé una serie de derechos específicos para los sujetos en una posición de mayor vulnerabilidad y, al mismo tiempo, refuerza el contenido y las garantías de la totalidad de los derechos para asegurar una real extensión a todos los sujetos. Es la otra cara de la moneda: el texto avanza en la concreción de límites y responsabilidades en la actuación de los sujetos con más poder, empe-

zando por el Estado, pero también con relación a los poderes privados, especialmente los de tipo económico, cuya incidencia directa en la vida de los demás no ha dejado de crecer en los últimos tiempos.

Así es: los derechos de protección (capítulo octavo del título II) y, en general, el sistema de garantías de los derechos (cuyo contenido es analizado en el artículo de Ramiro Avila en este libro) tienen como objetivo declarado lograr la plena efectividad de los derechos para todos los sujetos pero ello lleva a reforzar especialmente la posición de aquéllos cuyas condiciones sociales dificultan, en mayor medida, tanto el ejercicio directo de los derechos como el acceso a los mecanismos de protección en caso de vulneración. De ahí la importancia de los derechos de protección y en especial del acceso gratuito y pleno a la justicia y a la tutela efectiva (art. 75) o, en general, del conjunto de derechos procesales recogidos de manera amplia y altamente garantista en los artículos 76 y 77.

La misma lógica se aplica, incluso con mayor empeño, tanto a los derechos de participación (capítulo quinto), de libertad (capítulo sexto) y, de manera muy especial, respecto de los que más tienen que ver con las condiciones materiales que están detrás de las posibilidades reales de ejercicio de los derechos: los derechos de los ámbitos social y económico, agrupados en el texto bajo la denominación de “derechos del buen vivir”. El carácter innovador y socialmente avanzado de algunas de las previsiones, su propia sistemática y el hecho de constituir uno de los ejes principales del programa de transformación que la Constitución nos ofrece, han aconsejado que este libro le dedique (artículo de Francisco Palacios) un análisis específico al que merece la pena acudir.

Al mismo tiempo, como se ha señalado, el texto opta por constitucio-
nalizar derechos especiales, necesarios en contextos donde la desigualdad y la exclusión sitúan a colectivos enteros fuera de la antesala de los derechos. Por ello, siguiendo con los derechos de protección recién referidos, se prevé en el art. 81 el establecimiento por ley “de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección”.

Por otro lado, como ya vimos, el texto constitucional dedica tres capítulos a sujetos caracterizados por hallarse en una posición de mayor vulne-

rabilidad: derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo tercero del título II); derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (capítulo cuarto); y derechos de la naturaleza (capítulo séptimo).

Cada uno de tales capítulos amerita un tipo de análisis que, por la reducida extensión del presente trabajo, no es posible incorporar en estas páginas. El primero de estos capítulos, el referido a personas y grupos de atención prioritaria, nos llevaría al examen del tipo de mecanismos de compensación de la desigualdad previstos, de sus garantías y, sobre todo, de la selección de sujetos considerados en dicha posición. Igualmente, la importancia tanto en el contexto ecuatoriano como mundial de los derechos de las personas migrantes nos exigiría dedicar una atención especial a la sección dedicada a la movilidad humana y el reconocimiento del derecho a migrar.

Por su parte, a nadie escapa la centralidad que en el proceso político que ha llevado a la celebración de la Asamblea Constituyente han tenido las reivindicaciones y la movilización de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y otras colectividades ancestrales. La refundación del Estado mismo, la conformación de un nuevo pacto social entre individuos y colectivos en el Ecuador no se entiende sin la participación central de los pueblos que dan forma a la sociedad ecuatoriana. Por esta razón, los derechos incluidos en el capítulo cuarto del título II deben ser entendidos como mecanismos para la inclusión social, cultural y política de los sujetos colectivos indígenas y afroecuatorianos mediante, básicamente pero no solo, dos grandes vías: en primer lugar, el reconocimiento de la base de su existencia, reproducción y desarrollo, esto es, la recuperación y dominio sobre tierras, territorios y recursos (art. 56 numerales cuarto, quinto, sexto, octavo y decimosegundo) y las formas propias de organización (art. 56 numerales primero, noveno y décimo); en segundo lugar, mediante mecanismos de participación de los pueblos indígenas, en tanto que sujetos colectivos, en las instituciones y en los procesos de toma de decisiones, que deben involucrar a la sociedad en su conjunto (art. 56 numerales decimoquinto, decimosexto y decimoséptimo).

El sentido que acompaña la incorporación de estos derechos colectivos es claro: desde una perspectiva constitucional, el reconocimiento de derechos responde a la lógica contramayoritaria: se trata de derechos que deben marcar “la esfera de lo no decidible” por las mayorías. Aquellos sujetos con menor capacidad de participación o influencia en las decisiones colectivas

deben contar con derechos que aseguren que la realización de sus intereses más elementales no va a ser menoscabada por la “voluntad general”.

En esta lógica, la necesidad de contar con un amplio listado de derechos de los pueblos indígenas, objetivo que el texto constitucional que analizamos no ha alcanzado del todo⁸, responde a un principio de cautela o de conciencia sobre la necesidad de asegurar unas posiciones mínimas necesarias durante el “mientras tanto”: mientras no exista un espacio político, llámese Estado o no, en el que participen en pie de igualdad los distintos sujetos, individuales y colectivos, que conforman nuestras diversas sociedades, deben existir frenos, límites a lo decidible por quienes mayor capacidad de influencia tienen.

Siguiendo esta pauta, derechos como los de participación especial, diferenciada, de los pueblos indígenas en las instancias estatales, o incluso el mismo derecho a la consulta previa, son derechos que se reivindican más necesarios cuanto más débiles sean el resto de derechos, y viceversa. Esta última idea viene a subrayar que, finalmente, el punto de llegada no son los derechos en sí mismo considerados, sino un marco de convivencia que asegure que los sujetos, individuales y colectivos, participan sin exclusiones en las decisiones que les incumben.

Otro de los aspectos centrales es, sin duda, el referido a los derechos de la naturaleza, llamados a constituir una de las banderas del texto que analizamos fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque condensan en un capítulo una de las notas que impregnan el conjunto del texto constitucional, como es la preservación y restauración del ambiente, los recursos naturales y la biodiversidad como presupuestos para un desarrollo

8 Pese a la importancia de los derechos constitucionalmente reconocidos, las cautelas y, en parte, los prejuicios, han frenado mayores avances. La cercanía de la aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas podría haber servido de impulso, y, sin embargo, algunos de los contenidos más relevantes de esta Declaración no han sido trasladado al texto ecuatoriano. Cabe destacar dos ejemplos: en primer lugar, no aparece en todo el capítulo cuarto ninguna referencia explícita al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, auténtico eje de la mencionada Declaración y “demanda madre” que alberga todas las demás; en segundo lugar, el derecho a la consulta previa con el fin de obtener un consentimiento pleno, libre e informado queda desdibujado hasta el punto de no existir un procedimiento especial para pueblos indígenas efectuándose una remisión a los cauces constitucionalmente previstos (en materia de afectación ambiental o de parques naturales protegidos).

social sostenible, equilibrado e igualitario; en segundo término, porque implican no ya una especificación de nuevos derechos o una ampliación del contenido de los ya existentes, sino algo más relevante: la extensión de los sujetos de los derechos.

Avanzándonos a las reacciones de las posiciones más conservadoras, se puede zanjar la cuestión señalando que siendo los derechos mecanismos para la protección de intereses o necesidades, nada impide que éstos sean referidos a un sujeto distinto al ser humano. Podría ser el caso de los embriones, los animales, los bienes naturales o las generaciones futuras. La protección de estos sujetos podría justificarse en intereses relevantes, ya sean propios, como evitar el daño y el dolor, ya sean instrumentales para la satisfacción de otros específicamente humanos. Naturalmente, la falta de “voluntad autónoma” de estos sujetos limita las posibilidades de ejercicio de los derechos, pero no tiene por qué privarlos de su titularidad, ni impedir que el resto de la sociedad tenga determinadas obligaciones respecto de ellos, comenzando por la de minimizar el daño que se les pueda producir. Éste es el sentido, por ejemplo, de las leyes que protegen a los animales frente a maltratos; de las regulaciones ecológicas que restringen la apropiación privada de bienes comunes como el agua o las zonas ricas en biodiversidad; o de aquellas normas que limitan la experimentación con embriones a partir de un cierto nivel de desarrollo⁹.

Para concluir, debemos insistir en una idea: la Constitución del 2008 nos ofrece, a partir de un sistema de derechos, un cambio de paradigma constitucional que deja atrás las concepciones dominantes que han llevado a la desustancialización de los derechos y del derecho constitucional en su conjunto. La apuesta pasa por entender los derechos como instrumentos de democratización y de igual inclusión. Para ello, se parte de una concepción de los mismos que es histórica y subjetiva: los derechos son entendidos no como realidades reveladas, abstractas, “objetivas”, sino como fruto de procesos de reivindicación y de lucha protagonizados por sujetos concretos, con una especial relevancia de aquéllos que se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad; en segundo lugar, los derechos se entienden desde

9 Esta cuestión se halla analizada en el texto, ya citado anteriormente, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, *op. cit.*

una perspectiva sustancial, esto es, a partir de las condiciones materiales que permiten su realización y no de un mero reconocimiento formal; en tercer lugar, los derechos se abordan desde su comprensión colectiva, es decir, a partir del contexto grupal en el que se encuentran los sujetos, algo que, lejos de establecer una jerarquía entre derechos colectivos e individuales, nos lleva necesariamente al carácter inevitable y complementario de su relación.

En definitiva, el nuevo texto constitucional señala un anhelo: la consecución de una sociedad inclusiva social y culturalmente, y para ello diseña instituciones y procedimientos, pero no de manera abstracta sino en el marco de la exigencia previa de derechos, establecidos como condiciones materiales para todas y todos. Los derechos, todos los derechos, son entendidos, en consecuencia, como condiciones de participación en los procesos sociales y políticos; y la democracia se construye como conjunto de espacios de expresión, relación y decisión compartida donde surgen, se actualizan y se transforman los derechos.

Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*

Francisco Palacios Romeo*

Sumario

I. Introducción. II. El Pacto Social Liberal como falacia y mecanismo de expropiación. 2.1. El Estado Social como teoría y práctica de la reparación natural. 2.2. La Constitución del 2008 como reivindicadora de la tradición jurídico-social. 2.3. Los sistemas de procura existencial y buen vivir como objetivos complementarios del nuevo constitucionalismo. 2.4. Constitucionalización del sistema social: argumentario-normativo-internacional y teoría clásica. III. La construcción holista como sistema y referente constitucional. 3.1. Sistema de inclusión. 3.2. Sistema ecológico. IV. Breve conclusión: un nuevo y simbiótico paradigma constitucional.

I. Introducción

No es un capricho retórico incluir en el título dos acepciones ajenas al castellano. Las dos han marcado los parámetros sociales y jurídicos sobre los

* Licenciado y Doctor en Derecho; Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología; Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Universidad de Zaragoza (España). fpalacios@unizar.es

cuales hablar de derechos sociales. En el primer caso, la “daseinsvorsorge” (procura existencial) sintetizaba y concretaba la teoría jurídica del Estado social en Europa a mediados del siglo XX, justificando la prestación de derechos sociales por parte del Estado¹. En el segundo caso, el “sumak kawsay” (buen vivir o vida digna), concreta toda la cosmogonía comunitarista de origen indígena que se intenta proyectar, a nivel de Estado, en todo un sistema social y jurídico de derechos y sociabilidad; y que se refleja en los últimos proyectos constitucionales del continente americano de este siglo XXI.

La procura existencial planteaba un sistema social que no llegó a plasmarse a nivel constitucional. Ahora el régimen del buen vivir recoge el reto del “ius publicismo” social progresista europeo del siglo XX, con voluntad de completar lo que supuso un intento básico de humanizar el engranaje jurídico mercantilista del constitucionalismo liberal. Los derechos sociales se mencionan en la nueva Constitución como Derechos del Buen Vivir. La expresión “buen vivir” es traducción de la expresión quechua “sumak kawsay”, que apela a cómo los seres humanos deben darse un sistema de convivencia integral que procure la empatía colectiva como medio y como fin, basada en la formulación comunitaria, la importancia de los instrumentos, la relación con la naturaleza y un sentido profundo de la igualdad material y formal, bajo el permanente interrogante de si está habilitado un sistema de felicidad. Este texto supone un reto para su formulación y adaptación jurídica².

El nuevo texto constitucional de Ecuador tiene el más elevado número de derechos y, más concretamente, de derechos sociales de todo el constitucionalismo comparado. No solo eso, sino que se completa con una serie de

1 E. Forsthoﬀ acuñaría el concepto recogiendo los elementos dispersos de tendencias que reunían a las figuras más relevantes del *iuspublicismo* europeo tales como E. Kaufmann, O. Mayer, F. Lasalle, H. Heller, H. Laski, P. Laband, R. Stein o R. Smend (Cfr. E. Forsthoﬀ, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975).

2 El *sumak kawsay* estaría relacionado con la “... armonía cósmica, una triple armonía ‘ecológica, social y ética’, a la vez que integradora en la *Pacha*. En esta perspectiva, con este anhelo, para esta utopía se afana el andino cuando se dedica a su diaria labor en la *chakra*. *Sumak kawsay* es su humilde esperanza y su gran meta cuando se dedica sin reservas a la crianza de la vida y cuando se siente crecer al dejarse criar por la vida...”. Para una descripción, ver: J. Van Kessel y P. Enríquez, *Señas y señaleros de la madre tierra*, Abya Yala-IECTA, Quito, 2002, p. 259; D. Gonzales Holguin, *Vocabulario de la lengua general de todo el Perú llamada Lengua Quichua*, Lima UMNSM, 1989.

nuevos sistemas sociales que también apelan al “sumak kawsay”³. Todo ello conforma un modelo de constitucionalismo social en línea con el nuevo constitucionalismo integral latinoamericano. Esta nueva articulación constitucional pretende facturar una cosmovisión antagónica del postulado liberal y ha sido objeto crítico de los pregoneros y dogmáticos liberales. Por ello se hace necesaria su justificación en clave histórica y doctrinal.

II. El Pacto Social Liberal como falacia y mecanismo de expropiación

La legitimación de la procura existencial –del Estado social– vendría dada por la inmensa falacia y la gran debilidad sobre la que había estado montada toda la teoría del Estado liberal-burguesa. El Estado liberal burgués reivindicaba al individuo pero, en la práctica, lo negaba a través de la implementación de una teoría de la soberanía que encerraba, de forma irremisible, a ese individuo bajo la lógica del Estado propietario. En teoría, la soberanía del Estado era producto de la soberanía popular y la soberanía popular no era una entelequia sino producto de la voluntad de cada ciudadano que, por sí mismo, debía ser partícipe del pacto social. Sin embargo, la gran falacia del Estado y del pacto liberal era que ese pacto no era con consentimiento explícito sino con una especie de consentimiento tácito, que hacía de cada persona un partícipe obligado, que le venía impuesto desde que nacía hasta que moría, sin posibilidad alguna de poder denunciarlo o revocarlo. Era una sujeción y condena perpetua de cada persona sometida –o devorada– por el gran Leviatán que ordenaba y organizaba. Ese gran Leviatán, en virtud de ese pacto, se había arrogado la facultad de expropiar y patrimonializar todo lo que había bajo sus límites fronterizos. Expropiaba, patrimonializaba y concedía sacrosantos derechos de apropiación individual respecto a bienes y recursos. Para el liberalismo no existía

3 El Título II (Derechos) contiene los artículos 12 a 83; los derechos sociales (incluyendo “derechos del buen vivir” y “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”) incluyen los artículos 12 a 55; el Régimen de Buen vivir (Título VII) incluye los artículos 340-415; el Régimen de Desarrollo (Título VI) incluye los artículos 319 a 337 (referentes a sistemas sociales: trabajo, propiedad social, comercio justo).

nada más allá que una formal protección de la autonomía individual que se convertía en falaz.

El liberalismo político y jurídico argumentaría que la felicidad de todos solo se podría alcanzar mediante la persecución individual del placer, la ganancia y el beneficio, en competencia con todos los demás. A esto último se le llamó liberalismo y capitalismo y sobre estas bases se construyeron las sociedades que el mundo conoce desde hace ya más de dos siglos, si hablamos de liberalismo, y desde hace más de cinco siglos si hablamos de la construcción del Estado patrimonial-mercantilista y del capitalismo, desde sus orígenes. Los resultados, a lo largo de estos últimos cinco siglos están a la vista en un mundo que solo ha proporcionado satisfacción material y técnica a una minoría, miseria a una inmensa mayoría e infelicidad a una casi práctica totalidad.

El modelo liberal constitucionalizó una serie de derechos individuales. Derechos que quedaron en reconocimientos declarativos que venían limitados por el imperio de la ley secundaria. Ley secundaria cuyos gestores venían a ser aquellas clases de individuos que habían ocupado el Estado merced a un nuevo título nobiliario centrado en la propiedad. La ley primera, la norma constitucional, el núcleo del pacto social, quedaba subordinada al alcance imperial de toda la normativa secundaria facturada por una sola clase de personas, bajo la tutela de un Estado propietario que fungía bajo etiqueta política e ideología liberal⁴.

El liberalismo, como modelo de Estado, fracasó porque generó el sistema de conflictos europeo del siglo XIX, el estado de guerra colonial, las dos guerras mundiales, las reacciones autoritarias del fascismo y del burocratismo estalinista y, finalmente, su dirección hegemónica postcolonial en la conformación de Estados precarios, fallidos y miserables que contempló el siglo XX tras la deslocalización social, humana y cultural que había generado el propio colonialismo. Todo ese sistema fallido vino a ser avalado por un constitucionalismo ausente, organicista, omisivo y frígido que solo acogió una serie de libertades y derechos formales que, además, limitaba a aquellas personas dotadas de ciudadanía política eficazmente económica, lo que transformaba la democracia en una falacia.

⁴ Cfr. H. Laski, *El liberalismo*, México, FCE, 1969.

De esta situación fue consciente una buena parte del “ius publicismo” europeo. Desde Lasalle a Von Stein, pasando por Heller y Gurvitch hasta llegar a Forsthoff. Todas estas posiciones críticas ante el Estado de cosas confluieron en la propuesta de un modelo de Estado social que superara la anemia constitucional del modelo liberal. Desde mediados del siglo XX la mejor justificación y legitimación de este modelo se hizo a través de la “daseinsvorsorge” o procura existencial. Con esta expresión se quería apelar a las amplias obligaciones sociales del Estado respecto a los ciudadanos que tenía bajo su soberanía. En ella ya estaba implícita la idea de la integralidad o conexidad de todos los derechos⁵.

2.1. El Estado social como teoría y práctica de la reparación natural

El Estado social y los derechos sociales se justificaron en Europa por la orfandad del individuo -grupos mayoritarios de individuos- ante la mencionada expropiación (eliminación) que de todos los espacios económicos y sociales les había efectuado el propio Estado y, paralelamente, la propia habilitación civil asignada por el Estado liberal como era el instituto de la propiedad privada. La orfandad social conllevaba situaciones de menesterosidad, tanto relativa como absoluta que, en sus grados más agudos, generaba indicadores de pobreza y de miseria. El Estado social viene a suplir la hipótesis por la cual un ciudadano -por el hecho de nacer igual y libre- tendría derecho (derecho natural) a una parte alícuota de la riqueza y de los espacios que hubiera en dicha sociedad. Hipótesis ésta inédita y fallida por la mencionada apropiación de los espacios que hace la propiedad privada (expansiva) y el Estado, y que dan lugar a las responsabilidades materiales del Estado habilitante de la expropiación. Por lo tanto, el Estado está en la obligación de suplir esa expropiación del individuo, devolviéndola en derechos sociales, retornándola bajo unas prestaciones mínimas o esenciales bajo una nueva estructura de espacio efectivo⁶.

5 E. Forsthoff, *op. cit.* Resulta un buen referente el clásico estudio de L. Martín-Retortillo, “La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, *Revista de Administración Pública* Nº 38, Madrid, 1965, pp. 35-65.

6 Argumentación base sobre procura existencial a la que se le ha añadido la presunción crítica que del instituto de la propiedad privada expansiva se hizo desde los orígenes del Estado (desde Tomás

La teoría del Estado social argumentó a favor de la importancia del Estado como motor eficiente. Demostró que ante la desaparición de espacios autónomos, el Estado ha de acometer la tarea de su cobertura y organización. En caso contrario, no existe Estado sino una simple administración de las cosas o Estado fallido. Detrás del Estado social y desde mediados del siglo XIX, se encontraba toda una amplia teoría política y jurídica del socialismo, el sindicalismo y la democracia, que acogería a diferentes ideologías: desde el marxismo, el organicismo o el libertarismo hasta el cristianismo, el industrialismo solidario y el gremialismo.

2. 2. La Constitución del 2008 como reivindicadora de la tradición jurídico-social

Reivindicando toda esta lógica, la nueva Constitución de Ecuador asume, a lo largo de todo su articulado, un modelo de Estado social, activo, participativo y comunitario⁷. El régimen del “buen vivir” intenta sintetizar un sistema social cualificado del Estado social. Con dos diferencias importantes respecto al decurso histórico-social europeo: a) los derechos sociales van a ser constitucionalizados; b) no se referencia en simples derechos sociales individuales sino que tiene pretensión y vocación de sistema a través de la cual profundizar en la mencionada articulación de conexidad. Asignará un papel social pro-activo y promotor al Estado, una función positiva a la administración pública y un rol distinto al individuo; y, sobre todo, en paralelo, pone los cauces para dinamizar al tejido civil no de forma individual y competitiva sino solidaria y comunitaria. Se abre un modelo constitucional de omnicomprensión social e implicación individual y colectiva. Es un constitucionalismo social extenso, garantista, sincrético, reglamentista,

Moro en *Utopía al Manifiesto Comunista*). Es especialmente reseñable el clásico análisis histórico-social de P. Kropotkin (1907) sobre la expropiación de espacios dominados y comunitarios, fundamentalmente la que hace alusión a la producida desde la entronización del Estado moderno hasta su exasperación desde comienzos del Estado liberal en el siglo XVIII. En él se describen formulaciones de comunitarismo social muy próximas a los significantes originarios del *sumak kawsay* (P. Kropotkin, *El apoyo mutuo. Un factor de la evolución*, Madrid, Zero, 1978).

7 Desde su artículo 1 se asumen los calificativos y elementos democrático, social, participativo y de derechos.

cuasi-administrativo y participativo. Militante en la lógica de la integralidad y la conexidad de los derechos. Novedoso. La nueva Constitución propone una parte social dogmática que recoge un elenco de derechos sociales radicalmente amplio y ausente en el constitucionalismo social europeo que, además, consolida con una serie de sistemas operativos, que cubre con unos mecanismos garantistas absolutos e inéditos. Todo lo contrario de lo que supone la construcción de una estructura de mayor concentración de poder y merma de derechos, garantías o controles.

No se trata de ningún experimento excéntrico, populista o de aventurerismo revolucionario, sino que una simple reflexión sobre los contenidos del texto constitucional nos conduce a la más clásica teorización “ius-publi-cista” de principios de siglo sobre generación de espacios sociales y aprovisionamiento individual de mínimos materiales vitales. Por ello –y con total premeditación didáctica– se ha partido de los dos grandes tópicos de la construcción ius-social en la teoría del derecho y en la teoría de la Constitución: el papel activo material del Estado a favor del individuo (“status positivus”) y el papel de un Estado planificador-aprovisionador a través de una administración pública eficazmente gestora que ponga en el centro de sus funciones la preocupación-previsión por la existencia humana, gestando un sistema de medidas (“daseinsvorsorge”)⁸.

Esta idea se plasmaría en la configuración de las modernas administraciones públicas europeas. Se plasma en la práctica cotidiana que configura un modelo de Estado social. Pero el Estado social no resistió y desde la década de los setenta se asiste a su devaluación y adulteración. La configuración del Estado occidental, a esta fecha, dista mucho de la de hace treinta años aunque mantenga una serie de servicios sociales activos. El Estado se ha privatizado en gran medida, los sistemas de previsión y laborales han sufrido severos recortes y los servicios sociales esenciales han disminuido en calidad cuando no se han privatizado. El gasto público ha tomado un rumbo multiplicador y replicante del capital privado y las políticas públicas han asumido sesgos asistencialistas. Las clases políticas orgánicas hablan de la “reconversión” del Estado social por causas económicas, pero una arquitectura más

8 Exposición concreta de esta vertiente del concepto en E. Forsthoﬀ, *Sociedad industrial y... op. cit.*, pp. 19-38.

sólida de elementos sociales e institucionales podría haber evitado el supuesto determinismo economicista⁹.

¿Dónde pudo estar un problema del Estado social en Europa y que intenta superar la Constitución ecuatoriana y el nuevo constitucionalismo latinoamericano? En que el Estado europeo configura (asume determinada forma social) pero no construye porque no constitucionaliza con vigor. Las constituciones europeas o americanas de posguerra no consolidaron derechos sociales sino que apenas dejaron apuntada su presencia y su validez como inspiración y marco hipotéticamente aprehensible¹⁰. Sólo los textos de Portugal (1976), el de España en menor medida (1978), desarrollaron una tabla de derechos sociales básica¹¹. El Estado social nació y creció bajo caligrafía exclusivamente administrativa. El Estado liberal -el constitucionalismo liberal- demostró una extraordinaria resistencia para no asumir formulaciones sociales. Era un Estado

9 No es éste lugar posible para un análisis pormenorizado de la deriva del Estado social en Occidente. Para ello, ver, C. De Cabo, *La crisis...*, *op. cit.*; A. Porras, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, PPU, 1988.

10 Es el caso de las paradigmáticas Constituciones de la República Federal Alemana o Italia, que pasan por ser “configuradoras” del modelo de Estado social. La Ley Fundamental de Bonn no llega a recoger una lista mínima de derechos sociales, ni siquiera en lo relativo a servicios esenciales como educación o sanidad, dejando únicamente planteado el derecho en relación al instituto expropiatorio por parte del Estado (Art. 15) o implícita la existencia de un sistema de previsión, con base a que viene simplemente aludido en algunos artículos relativos al hecho competencial. A dicha carta solo le es reconocible la plasmación de la acepción “Estado Social” (Arts. 20 y 28). En casos como el de Italia, o del que fuera ejemplar Estado social de Suecia, el reconocimiento constitucional de derechos sociales -en paralelo a la regulación de la actividad interventora del Estado- apenas ocupan 10 y 3 artículos sin relación alguna a su garantía.

11 A ellos habría que sumar los textos pioneros de la revolución mexicana (1917), que sí estableció un marco de derechos sociales focalizado principalmente en la problemática del trabajador agrario, y el de la República de Weimar (1919). No obstante, tanto Weimar como el texto mexicano adolecerán de falta de consideración garantista para su listado social y eso les incluye en un modelo de cláusula residual. El resto de la historia constitucional europea no contiene un ápice de textura social, salvo el criminalizado oasis jacobino que en la Constitución de 1793 (Art. 21) sí incorporó el primer artículo de compromiso social de una Administración Pública: “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, proporcionándoles trabajo o garantizando los medios de subsistencia a los que están incapacitados para trabajar” (cfr., J. Asensi, *La época constitucional*, Valencia, Tirant to blanch, pp. 157-158).

social bajo formulación jurídico-administrativa y jurídico-laboral¹². La construcción significa fuertes cimientos para que no se puedan desmoronar algunas de sus partes en coyunturas adversas o bajo presiones determinadas. Esos cimientos solo los puede proporcionar el texto constitucional y el Estado social se formó sin base constitucional suficiente, comenzando por la no aplicación de la figura constitucional del Estado a funciones más concretadas. Estado social europeo, presuntamente elíptico, en textos anclados en la pobre ingeniería constitucional de la antidiluviana división de poderes, tras dos siglos de sequía científica constitucional. El Estado social quedaba sometido a la vinculación hipotética como “cláusula social”. El futuro demostró que la cláusula era voluble e inconsistente y, por lo tanto, destruible¹³.

El Estado social se facturó en Europa, a pesar del modelo constitucional más que merced a este modelo¹⁴. Eso no significa algo positivo sino más bien lo contrario, ya que el propio Estado social, en todo lo no constitucionalizado, pasa a ser un estado frágil, vaporoso y endeble. Los Estados europeos, cuatro décadas después de abrir la construcción del modelo, se encontraron con serias dificultades de mantenimiento y a falta de criterios de constitucionalización social, imperó y sigue imperando el determinismo economicista. Además, la cláusula Estado social no sería producto explícito fundamental de la mayoría de las Constituciones sino construcción a merced de la jurisprudencia, de determinados desarrollos normativos y, fundamentalmente, de la capacidad reivindicativa del tejido civil-popular. No ha llegado a ser una cláusula compromisoria de resultados fijos, sino una formulación con grandes niveles de incertidumbre política y jurisprudencial,

12 Forsthoff lo expresaría con contundencia: “Casi todas las instituciones de nuestro Derecho público que han transformado al Estado en un Estado social existen desde decenios sin que las Constituciones hayan tomado nota de ello” (en W. Abendroth, E. Forsthoff, K. Doehring, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 76 y ss.).

13 Forsthoff criticaba la debilidad de la presencia constitucional del Estado Social. Con ironía hablaba de los bienintencionados teóricos que intentaban “obtener para esa fórmula un contenido concreto, apreciable”. Y con dureza sentenciaba: “una fórmula vacía y una banalidad de arriba abajo” (E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad...*, *op. cit.*, pp. 108-109).

14 En ningún caso se asigna un mecanismo concreto de tutela o amparo a los derechos sociales. Solo en el tardío, peculiar y efímero caso de Portugal en donde la equiparación en tipos de derechos dejó, en un principio, abierta una puerta al legislador.

cuando no de simple inconsistencia¹⁵. La prueba es que en cuanto la coyuntura económica y los grupos de presión hegemónicos actuaron sobre el Estado, la cláusula social no pudo evitar que: a) los contenidos de los derechos sociales fueran desustancializados; b) la legislación de desarrollo sufriría recortes esenciales, tanto en cuanto a derechos laborales como a derechos de previsión; c) las políticas públicas conexas sufrirían fuertes quebrantos, en todas sus formulaciones, como consecuencia directa de la quiebra del sistema jurídico-político anterior; d) se fortalecieran todas las áreas normativas que protegían la intangibilidad de la propiedad privada, favorecían la concentración oligopólica, propiciaban la especulación financiera y promovían la deslocalización¹⁶.

El comienzo oficial de la crisis del Estado social –la mal llamada crisis petrolera de 1973– demostró que el Estado (social) no era una figura omnisciente y en plena disposición de su estatus soberano. El Estado social era Estado social administrativo y laboral y no Estado social constitucional. El Estado estaba sometido a fuerzas y factores de poder que se le escapaban, que no podían ser controlados y que, por lo tanto, en cualquier coyuntura hostil para los mismos, podía pasar a determinar gravemente las decisiones y las funciones soberanas de los distintos ámbitos de ese Estado. El modelo jurídico-constitucional del Estado social se patentizó como absolutamente vulnerable. Se demostró que un modelo constitucional socialmente concretado y garantista era imprescindible para, cuando menos, frenar la pretendida fuerza irresistible del factor económico. El neoliberalismo se impondría en la crisis bajo la formulación de “eximente completa de fuerza irresistible” del factor económico y del elemento empresarial, bajo la que múltiples fuerzas sociales y políticas cedieron.

15 Cfr. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 11 y ss.

16 Cfr. C. De Cabo, *La teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 7-20.

La llamada crisis del Estado social ha patentizado cómo el sistema de garantías y controles para los derechos sociales era cuasi-inexistente. Por el contrario, la crisis probó la fortaleza jurídica del derecho patrimonial, ya que se desarrollaron los bloques normativos y se incrementaron las formulaciones de tutela para todo tipo de derechos mercantiles y para la intangibilidad de la propiedad privada. Y de esto hay múltiples ejemplos que van desde el quebranto de determinadas tipologías de tributación –e incluso de figuras fiscales completas– hasta la desvinculación de múltiples obligaciones empresariales respecto al factor trabajo.

Ésta era la coyuntura de crisis del modelo en la Europa de los setenta. La situación general de los Estados latinoamericanos, intoxicada por procesos de modernización desvertebradores y hegemonías dominantes, es ahora incluso peor en cuanto a condiciones objetivas que la de la Europa de la postguerra. Por supuesto que es imposible hablar de Estado social e incluso puede afirmarse que es complicado hablar de Estado de derecho en muchas de las coyunturas. También se hace difícil catalogar como Estado los casos más extremos¹⁷. No solo Ecuador sino todos los países latinoamericanos conocían dos décadas de proyecto neoliberal cuya hipótesis constitucional radicaba en que la solución a todos los males endémicos de dichos Estados era su absoluta desustancialización social y pública. Dicha desustancialización demostró lo contrario: las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo conducían a una mucha mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico-social. Las cifras y los resultados político-sociales de las décadas 80-90 dan los saldos más negativos de todo el último medio siglo¹⁸.

Por lo tanto, la Constitución del 2008 –y en general el nuevo constitucionalismo latinoamericano– es una tarea que conecta con la aspiración teórica que se abrió en el campo jurídico europeo de dar soluciones a la orfandad del individuo en el desarrollo del Estado constitucional, tras la decadencia del modelo liberal y su desmoronamiento, durante toda la primera mitad del siglo XX. Tarea pendiente para el constitucionalismo comparado. La nueva Constitución prefigura un nuevo modelo constitucional-social no solo para referenciarse en la crisis del Estado liberal sino también –ya con perspectiva histórica– intentar evitar las carencias y déficit del modelo de constitucionalismo social europeo de postguerra. Y lo hace desde el marco del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social. Esta constitucionalización básica solo tiene presencia desde la oleada neoconsti-

17 Cfr. Carlos de Cabo, “El modelo periférico de dominación: la inexistencia del Estado Social” en *La crisis... op. cit.*, pp. 97-124.

18 Saldos negativos en todo el continente latinoamericano, con los crecimientos económicos y los indicadores sociales más negativos en la casi práctica totalidad de los Estados (ver: “Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden a final de siglo. El caso de Latinoamérica como estrategia y resultante social” en F. Palacios, *La civilización de choque. Hegemonía occidental, modernización y Estado periférico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 361-401.).

tucional de finales de siglo: Nicaragua (1987), Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999).

2. 3. Los sistemas de procura existencial y buen vivir como objetivos complementarios del nuevo constitucionalismo

Por ello, es importante la irrupción del nuevo constitucionalismo latinoamericano, porque recoge no solo las insuficiencias del modelo constitucional-social de postguerra, sino porque también cubre las posibles alternativas a un modelo de Estado social recargado, burocratizado, asistencialista y, por lo tanto, débil y quebradizo. El mejor ejemplo es cómo el sistema social de la nueva Constitución abarca dos objetivos:

- Cimienta el nuevo modelo de Estado en un nuevo modelo constitucional que asume con complejidad y consistencia toda la dogmática jurídica de la procura existencial (“daseinsvorsorge”). Lo hace a través de una tabla omnicompreensiva de derechos sociales y un estatuto constitucional económico. Se asume la protección y garantía de los derechos sociales como la principal función de un Estado y, por lo tanto, de una administración pública¹⁹.
- Por primera vez no tiende a depositar todo el peso de la construcción social bajo la arquitectura directa del Estado, ni le hace solitario responsable del “daseinsvorsorge”. Es ahí donde cobra gran importancia el factor de construcción civil-comunitario del modelo social que recoge los parámetros teóricos anteriormente mencionados en la taxonomía de Gurvitch, en las hipótesis de la escuela crítica y del neocorporatismo extenso y participativo que tiene su novedosa adaptación a través del “sumak kawsay”. No solo recoge estos dos paradigmas clásicos sino que plantea unas bases de participación que imbrican el elemento participación en el doble plano de lo micro-político y de lo micro-económico. Una fórmula para descongestionar el Estado y para distribuir la carga de responsabilidad y funciones.

¹⁹ Teorización sobre garantismo en coherencia con el Proyecto en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 2006.

No hay dialéctica entre más Estado y sociedad civil (menos Estado). Se rompe el dogma liberal de esa inevitable dialéctica: la sociedad civil asume un papel de organización colectiva múltiple en simbiosis con el Estado. Supone una nueva forma de estructura político-social, donde se implementen nuevos mecanismos de participación política directa y organización económica solidaria. Técnicamente, supone más base y, por lo tanto, mayores dificultades por parte del determinismo economicista y de los poderes fácticos para limitar, condicionar o acabar con un modelo de Estado social y comunitario²⁰.

Podría parecer muy pretencioso que cuando se está en presencia de Estados precarios, que ni siquiera han consolidado derechos civiles o políticos, se pretenda ya no solo construir un Estado social amplio, sino generar una estructura social comunitaria y deliberativa. No es contradictorio ni quimérico. Por una sencilla razón: el Estado periférico sufre tal desvertebración que por si solo no es instrumento suficiente para generar un modelo social y ni siquiera para consolidar un sistema civil y político. Necesita todo un amplio tejido social para afrontar esa tarea. Por ello, la nueva Constitución asumió el principio participativo que desgrana a lo largo de múltiples artículos con la incorporación de una serie de elementos:

- a) Modelo constitucional dogmático que implementa unas extensas tablas de derechos fundamentales entre las que sobresale un exhaustivo articulado de derechos sociales.
- b) Sistema maximalista de derechos sociales bajo criterio de interpretación más favorable, fuente jurídico-internacional y principio iusnaturalista.
- c) Sistema de tutela de garantismo completo y omnicompreensivo con extensión en el control de las políticas públicas.
- d) Derechos sociales detallados con técnica reglamentista.

²⁰ La generación de un modelo de participación completo, junto con la articulación de un sistema amplio de derechos sociales, son elementos esenciales de un Estado Constitucional democrático (Cfr. F. Palacios, “El Estado Constitucional. Entre la democracia deliberativa y el autoritarismo institucional”, en A. García y C. Marcuello (coord.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Catarata, Madrid, 2008, pp. 103-108 y 115-123).

- e) Derechos sociales insertos en un modelo social-participativo y que genera un modelo constitucional de radical profundización democrática.
- f) Derechos bajo la doble lógica de un Estado y de un nuevo modelo de propiedad social.
- g) Derechos sociales integrados en una Constitución económica extensa (régimen de buen vivir y régimen de desarrollo) como instrumento de profundización para la gestación de un modelo de economía comunitaria.

El reglamentismo tiene una doble explicación. Por un lado, cubrir su eficacia en mayor grado, a sabiendas que dichos derechos iban a ser muy nominales hasta que la reforma del Estado y la nueva arquitectura legislativa pudieran darles una progresiva normatividad. También el exceso reglamentista tiene una segunda explicación: Ecuador parte de una situación en la que el Estado está por construir y la sociedad por vertebrar, y en esta tesitura se hace fundamental la comprensión por parte de la sociedad de los contornos básicos del proceso. El nuevo constitucionalismo social pretende ejercer un papel didáctico que va en paralelo a la función ordenadora.

2. 4. Constitucionalización del sistema social: argumentario-normativo-internacional y teoría clásica

Finalmente, dos notas para los críticos. En primer lugar, cómo el hecho de negar un planteamiento constitucional amplio de los derechos sociales es desconocer todo el desarrollo normativo internacional que ha habido a favor de su cobertura amplia. La nueva Constitución se esfuerza por seguir los delineamientos jurídico-programáticos de la comunidad internacional, al contrario de lo que intentan los planteamientos neoliberales. ¿Les sonarán a tales dichos pertinaces censores instrumentos jurídicos tales como El Protocolo de San Salvador o, cuando menos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos o el Documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (Naciones Unidas, 1993) que viene a sancionar la necesaria conveniencia de la indivi-

sibilidad e integridad de los derechos humanos? Desde la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los estados debieron asumir un compromiso de base normativa respecto al muy amplio grupo de derechos sociales que contempla el Pacto. El Pacto no parte de la idea primera de asignar “más derechos” sino de buscar las bases materiales necesarias para que sean hábiles, posibles, los derechos civiles y políticos.

Otra de las críticas más recurrentes en los debates de la Asamblea Constituyente ha sido sobre la inadmisiblesobrecarga del Estado y las “excentricidades sistémicas” que aporta el texto constitucional de dudosa pureza jurídica y doctrinal respecto a las configuraciones clásicas. Y es cierto que el nuevo texto propone un gran número de sistemas pero ello no debe ser sinónimo de sobrecarga del Estado en un modelo de estructura civil participativa, donde nuevos motores deberían implicar a la sociedad civil en nuevas formas de organización y estructuración para la construcción de espacio vital efectivo y, en suma, para la generación de derechos sociales básicos inaplazables. El régimen del buen vivir y su sistema sería homologable en el campo de una determinada arquitectura político-jurídica como sería el del “asociacionismo mutualista” de Proudhon, la tradición jurídica de las “personalidades colectivas complejas” de Gierke, o yendo a un plano más jurídico-administrativo, la “adjunción de profanos a las funciones administrativas” de Schmitt. Además, la incorporación del régimen de “sumak kawsay” supone un grado respecto a una procura existencial simplemente “pasiva” adhiriéndose a la antigua, aunque inédita, “autodeterminación social creativa” de Huber, en la que el Estado debe generar condiciones para estimular el despliegue de potencialidades y no ser una simple retaguardia asistencial²¹. Decía Forsthoff que “la Administración aportadora de prestaciones no está obligada, vinculada a las formas del Derecho Público, y la elección de la forma jurídica –jurídico privada o jurídico pública–

21 Para un estudio omnicompreensivo de la dogmática jurídica originaria en la construcción de una administración social bajo formulaciones de red, ver: G. Gurvitch, *La idea del derecho social*, Madrid, Comares, 2005). Las aplicaciones teóricas actuales podrían ser también numerosas, a título de ejemplo “la modificación del habitus” de Bourdieu (cfr., A. García Inda, *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el Derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs, 1997).

puede depender de factores que son irrelevantes para la relación primordial entre el individuo y la Administración”²².

¿Asistencialismo? No, el asistencialismo viene caracterizado por una red estatal de donaciones materiales sin retorno y sin interacción. Donaciones individualizadas que se hacen individualizadas y adscritas en los casos más agudos de clientelismo. Sin embargo, los sistemas generados en el régimen de “sumak kawsay” deberán tener como objeto generar estructura comunitaria en los fines o en los mecanismos técnicos para su implementación, configurándose como elementos proactivos para el desarrollo. Por lo tanto y parafraseando a Forsthoff, la administración tiene como función dar cobertura a lo que ahora no es ya ni “suficiente” ni “adecuado”²³. También se han levantado voces hablando que la nueva Constitución promueve mecanismos contra toda técnica jurídico-administrativa, cuando, sin embargo, no tiene por qué ser imposible la versatilidad de la administración pública, por definición receptora permanente de cambios, respecto a: 1) múltiples desdoblamientos verticales en función de las múltiples e infinitas casuísticas habidas en la configuración territorial del poder de los Estados; 2) mutaciones radicales de las administraciones públicas en función de la transformación de los modelos de Estado y de las circunstancias histórico-políticas, en las que la técnica era un instrumento mutable como ya se señaló en la originaria problemática del cambio hacia un Estado social²⁴.

22 E. Forsthoff, *Sociedad industrial...*, *op. cit.*, p. 21.

23 *Ibidem*, pp. 25-26.

24 V. gr. Smend, Forshoff, Ripert o Triepel. Este último, allá por 1931, ya advertía respecto a la adjetivación minusvalorativa, limitativa y reductora del Estado de Derecho como liberal, burgués o incluso social (H. Triepel, *Derecho público y política*, Revista de Occidente, Madrid, 1974). En semejante sentido, M. García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1982 (capítulos I y V, “El Estado social y sus implicaciones” y “El crecimiento de la actividad estatal”).

III. La construcción holista como sistema y referente constitucional

El régimen del buen vivir de la nueva Constitución es, en definitiva, el compendio de toda la construcción constitucional pero tiene su núcleo en una dogmática doble: a) sistema de derechos sociales; b) estructura de sistemas. Hablamos de dogmática porque, en esta ocasión, la dogmática clásica es superada por un régimen más complejo, íntimamente relacionado, ya que a cada tipo de derechos le corresponde un sistema. El régimen intenta superar el estatuto de derecho individual, aislado, de disfrute egótico, incluso más allá de una simple conexidad de los derechos. El sistema habla de dos cosas: a) aplicación conjunta con lógica asociativa; b) demanda de obligaciones concretas al Estado en forma de políticas públicas articuladas. Constitución holista porque el objetivo constitucional es articular un contrato social más allá de la suma simple de individuos e instituciones que componen el conjunto social. Se trataría de conformar una realidad orgánica, como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen, aunque siempre desde el respeto fundamental a los derechos individuales²⁵.

De esta forma, cada derecho del buen vivir²⁶ se relaciona con un sistema del régimen del buen vivir²⁷ en el que: a) se desarrolla el concepto y contenidos del derecho; b) se imponen obligaciones genéricas al Estado. El Régimen se va a dividir en dos sistemas principales: a) un sistema principal de inclusión, en el que se describen los principales sistemas de un Estado Social clásico²⁸; b) un sistema principal ecológico en el que se articulan varios otros sistemas relativos al medioambiente y a la soberanía alimentaria²⁹. El primero podría referenciarse en la hipótesis de la procura existen-

25 El término holista que se barajó para varios artículos finalmente quedó contemplado en el Art. 27.

26 Derechos del Buen Vivir (título II, capítulo II, artículos 12-34).

27 Régimen del Buen Vivir (título VII, artículos 340-415).

28 Este sistema principal de inclusión se denomina “Inclusión y Equidad” (Capítulo Primero) y abarca los sistemas mayores de Educación, Salud, Seguridad Social, Hábitat y Vivienda. Así como los sistemas menores de Cultura, Cultura Física y Tiempo Libre, Comunicación Social, Ciencia, Tecnología y Saberes Ancestrales, así como un sistema de prevención (Gestión del riesgo, Población y Movilidad Humana, Seguridad Humana y Transporte).

29 Este sistema principal ecológico se denomina “Biodiversidad y recursos naturales” (Capítulo Segundo) y también podemos distinguir entre el Sistema Biodiversidad (Naturaleza y Ambiente,

cial y el segundo vendría a incorporar la filosofía del buen vivir. En todo caso, la nueva Constitución conforma unos contenidos muy maximalistas en coberturas y garantías.

Obligaciones del Estado que se completan con parte del articulado del régimen de desarrollo (título VI) en el que se concretan las obligaciones de las administraciones públicas y los deberes de entes privados y sociales y, en este sentido, su primer artículo determina que “el régimen de desarrollo garantiza el buen vivir”³⁰.

3. 1. Sistema de inclusión

El sistema de Educación se referencia en el derecho del mismo nombre. El derecho a la educación es universal y gratuito hasta la educación universitaria incluida. Está presente la libertad de elección de modelo educativo en función de creencias y preferencias varias. Delimita unos perfiles que no podrán ser desconsiderados por los centros docentes y que vienen presididos por el “desarrollo holístico del ser humano”³¹.

El sistema educativo queda declarado servicio público. Se basa en la universalización, las prioridades, la gratuidad y el pluralismo. Este último se proyecta en los mecanismos de gestión que pueden ser públicos, privados, fiscomicionales y bajo lógica artesanal y comunitaria. Como prioridad se alude a la erradicación del analfabetismo. Un modelo donde el Estado pone todo el esfuerzo (gratuidad) requiere unos mecanismos de control exhaustivos como son un sistema nacional de evaluación de centros y carreras docentes, así como los marcos de la política salarial. En el sistema de educación superior se reconoce la autonomía universitaria pero, como servicio público, bajo las coordenadas de un organismo público de regulación, fiscalización y de acreditación de titulaciones y profesorado³².

Biodiversidad, Patrimonio Natural y Ecosistemas, Biosfera, Ecología Urbana y Energías Alternativas) y el Sistema de Recursos Naturales (Recursos Naturales, Suelo, Agua).

30 El Régimen de Desarrollo (Título VI) se abre con un capítulo de “principios generales” que apela a la consecución del buen vivir a través del establecimiento de sistemas garantizados por el Estado.

31 La educación será participativa, empática (de calidad y calidez), estimuladora del sentido crítico y la iniciativa comunitaria e individual (Arts. 26-29).

32 Artículos 343-357. Se conforma como servicio público impropio, en el que los entes privados fun-

La salud tiene un solo artículo con dos empeños: a) sentar los principios clásicos, entre los que destacan la universalidad y la bioética; b) asumir una lógica de interrelación que se concreta en su vinculación a otros derechos: agua, alimentación, educación, cultura física, trabajo, ecosistema³³. El sistema de salud se declara también servicio público, aunque con una red pública diferenciada de los entes privados bajo funcionamientos de servicio público impropio. La red pública es declarada gratuita. El sistema pasa a responsabilizarse, promover e incluso garantizar elementos tan variados y amplios tales como la prevención, rehabilitación, salud ancestral y alternativa y salud sexual. Comentario aparte merece la denominada promoción y producción nacional y “utilización de medicamentos genéricos” reforzada con una fórmula de interpretación bajo la que “en el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales” en una concreción del espíritu de la nueva Constitución en la primacía del derecho sobre la lógica de la ganancia, aunque sea bajo etiqueta de propiedad intelectual³⁴.

El Sistema de Previsión es constitucionalizado como imperativo categórico principal con una serie de elementos que sumados todos demandan del Estado convertirse en primera prioridad de las políticas públicas: a) universal y público; b) obligatorio; c) la universalización abarca todos los campos según preceptúa el enunciado del derecho y desarrolla el sistema: “enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte”; d) estructura de obligaciones que implica a empleador, empleado y Estado; e) sometido a cláusula que prohíbe la privatización del sistema; d) ruptura de la lógica de caja única por la que la existencia del sistema no dependerá de su propia contabilidad interna sino directamente de los presupuestos generales del Estado. Constitucionalización reglamentaria necesaria ante la laxitud de

cionarán bajo autorización. La financiación del Estado supondrá que los centros renuncien a cualquier ánimo de lucro. En la educación superior los centros privados no podrán convertirse en reductos de exclusividad sino que deberán tener una política de becas inclusiva.

33 Artículo 32, que subsume la interrelación bajo el término “buen vivir”.

34 Artículos 358-366. Resulta destacable el apunte reglamentista respecto a la omisión de socorro que es constitucionalizada en el artículo 365 ante los numerosos casos que se producen y ante la actitud “omisiva de la omisión” por parte de la administración pública y la judicatura.

los textos constitucionales de anteriores generaciones que jamás se concretaban y la actitud contenida de la jurisprudencia. Se introduce además una caligrafía constitucional blindada ante las nuevas lógicas de previsión neoliberal³⁵.

El sistema de hábitat y vivienda irrumpe con una regulación nada habitual en los tópicos del Estado social³⁶. Es el Cuarto Jinete del Apocalipsis social nunca contemplado por la lógica del constitucionalismo liberal ¿Razón? Es el mayor generador de plusvalías a todos los actores de los bloques hegemónicos sociales y políticos (empresa inmobiliaria, banca y clase política). El derecho recuerda explícitamente la función social y ambiental de la propiedad, la cual queda limitada como derecho “erga omnium”. La regulación parte de una premisa obvia pero nunca realizada en la práctica totalidad de Estados periféricos: el orden administrativo básico a través de la creación de un catastro nacional georreferenciado. Es especialmente reseñable como el articulado recuerda concretamente a los ayuntamientos la utilidad jurídica del instituto expropiatorio. Lo que sí es de suma trascendencia es cómo el nuevo texto constitucional es el primero en prohibir la plusvalía urbanística bajo supuesto de simple modificación de estatus administrativo del suelo³⁷. El sistema se obliga a desarrollar planes de financiación de vivienda de protección oficial tanto en régimen de propiedad como de alquiler. El enunciado del derecho recuerda cómo la protección constitucional del suelo no solo debe materializarse en el acceso al mismo sino en su salubridad, sustentabilidad y equilibrio urbano-rural en un afán constitucional por cubrir los criterios de calidad y empatía colectiva que prescribe el régimen del buen vivir.

Cabrá la pregunta de por qué se contempla una cláusula tan concreta y redundante con las obligaciones y garantías generales del articulado tal

35 El sistema incluye todos los supuestos posibles tales como autónomos, actividades agrarias de auto-sustento y trabajo doméstico no remunerado. El sistema se regula en los artículos. 367-374 y el derecho en el artículo 34.

36 Derecho de hábitat y vivienda (artículos 30-31); sistema de habitad y vivienda(artículos 375-376).

37 El artículo 376 “prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado”. Regulación inédita no solo en todo el constitucionalismo sino en la casi práctica totalidad de regulaciones administrativas.

como la garantía de dotación ininterrumpida de los servicios de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos. La razón es la precariedad en la que están instalados todos los Estados periféricos, no solventable a corto plazo. Por ello, hay que establecer una regulación constitucional de prioridades incluso en lo que pudiera parecer el detallismo reglamentista y contradictorio³⁸.

El derecho a la cultura y a la ciencia se corresponde con dos sistemas distintos aunque muy relacionados como son el sistema de cultura y el sistema de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales³⁹. En el sistema de cultura sobresalen dos aspectos: a) concepto y contenido amplio de cultura que incluye aspectos patrimoniales poco clásicos; b) responsabilidad concreta del Estado para garantizar la independencia de los operadores y creativos culturales respecto a cadenas empresariales de distribución y producción. Se extraña un sistema de ocio anexo al sistema de cultura. El ocio (“tiempo libre”) queda relegado a un solo artículo cuando la recreación alternativa del tiempo no laboral podría haber sido una de las principales novedades del texto, máxime teniendo en cuenta su importancia en la generación de un régimen de “sumak kawsay”⁴⁰. El sistema de ciencia y tecnología tiene una redacción demasiado formal y un mérito: el desarrollo científico y la prioridad tecnológica siempre con base a la filosofía del buen vivir y recuperando los saberes ancestrales⁴¹.

Los otros sistemas menores son más de prevención que de inclusión. Podría decirse que configuran un sistema de prevención y gestión de riesgos. Es éste otro de los puntos que podrían resultar exótico al constitucionalismo de salón pero que, sin embargo, no se constitucionalizan por capricho sino por la precariedad de todos los sistemas de seguridad, pre-

38 Artículo 375.6. En semejante sentido podría argumentarse la habilitación de acceso público (perpendicular) obligatorio a playas, riberas o lagos (375.8). ¿Una Constitución detallando pormenores que deberían pertenecer al derecho administrativo secundario? Sí, por la factura hegemónica que la propiedad privada ha tenido -y sigue teniendo- en todos los recovecos de los actuales modelos de Estado.

39 Derecho a la cultura y ciencia (artículos. 21-25).

40 Sistema de cultura (artículos 377-380). Resulta poco sistemática la separación de la cultura física y el ocio en otra sección (Sección Sexta).

41 Artículos 385-388.

vención e infraestructuras que, todavía, informan a múltiples Estados fallidos⁴².

He querido dejar para el final el binomio de comunicación e información. Resulta paradójico el modelo ya desde que se observa cómo el tamaño del derecho quintuplica a la extensión del hipotético sistema. Sí, hipotético, porque un sistema nunca puede estar conformado por un solo elemento y mucho menos si ese elemento navega en generalidades imposibles de concretar⁴³. Sin embargo, el derecho a la comunicación e información sí tiene una extensa regulación de buena factura. Incluso contiene una mayoría de elementos claramente pertenecientes a un sistema (y no a un derecho) tales como los artículos 17 y 19 en los que se describe cómo el Estado asigna frecuencias del espectro radioeléctrico, facilita la creación de medios de comunicación y evita prácticas oligopólicas (art. 17) o bien establece las políticas en regulación de contenidos mediáticos y publicidad (art. 19). La regulación del derecho a la comunicación también tiene otros dos artículos muy completos en los que se enuncia como participativa e igualitaria en la creación de medios y en el acceso plural a los mismos. El derecho a la información se dota de tres polémicos calificativos (veraz y verificada, contextualizada) pero que, sin duda, refuerzan la obligación de los medios de evitar la desinformación y el libelo. ¿Qué falla en todo el bloque de comunicación? La ausencia de un Consejo ciudadano de participación y contraloría social. Precisamente porque los derechos-sistema mencionados imponen al Estado una serie de gravosas y difíciles tareas en las que el equilibrio es muy necesario y, en segundo lugar, porque la democratización del sector exige ese

42 Textualmente, parte de ese reconocimiento el artículo 389 (“minimizar la condición de vulnerabilidad”). El sistema de prevención ocupa las secciones novena (“gestión de riesgo”), décima (“población y movilidad humana”), undécima (“seguridad humana”), duodécima (“transporte”).

43 El Art. 384 reúne toda una serie de inconsistencias: En una primera parte se dice que el sistema “asegurará el ejercicio de los derechos...” cuando asegurar el ejercicio de un derecho es tarea de la justicia y las garantías constitucionales. En una segunda parte se dice que el sistema se conformará “por las políticas y la normativa” a lo que hay que preguntarse ¿con qué si no?, para más adelante establecer dudas sobre la conducta legal del Estado y con un tono paternal apelar a que el “Estado formulará la política pública de comunicación con respeto irrestricto a la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales”. Termina el sistema con una línea sumamente creativa: “La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana”.

Consejo si no se quiere propiciar una repetición en la estructura de oligarquización y oclusión que se dice querer evitar.

3. 2. Sistema ecológico

Los sistemas de biodiversidad y recursos naturales tienen correspondencia con los derechos al agua, a la alimentación y al ambiente sano.

El derecho a la alimentación abre un primer enunciado de la soberanía alimentaria, estrategia obligada para la garantía indefinida del derecho. También se da preferencia a su localización comunitaria (“local”)⁴⁴. Está integrado en el sistema de biodiversidad (capítulo II) en el que se desarrolla el criterio de soberanía alimentaria a través de la biodiversidad agrícola⁴⁵, apelando también a un criterio cualitativo al sentar el primer ejemplo constitucional en la prohibición de transgénicos⁴⁶. En el subsistema de suelo también se recoge la protección de los terrenos agrarios de forma suficiente como para cubrir el objetivo de soberanía alimentaria. Se habla de que el Estado “brindará apoyo” para la conservación y restauración de los suelos agrarios, quedando el criterio de intervención corto pensando en los graves desequilibrios que actualmente crea la conversión de suelo rural en urbano, industrial o extractivo⁴⁷.

El derecho al agua es otra de las novedades del texto. Toda su generación, comercialización y distribución queda sometida al criterio de “patrimonio nacional estratégico de uso público” y se califica de “inalienable, imprescriptible e inembargable”, por lo que se supone se le constitucionaliza como servicio público. Queda la duda razonable de si su explotación debe quedar en manos de la gestión directa del Estado o bien el régimen de servicio público puede ser indirecto⁴⁸. El subsistema refuerza la idea de su gestión pública⁴⁹.

44 Artículo 13 en la que la factura comunitaria del eje productivo primario es reforzado cuando se apela a la correspondencia de la producción con “identidades y tradiciones”.

45 Soberanía sobre la biodiversidad, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país (Art. 400).

46 “Se declara al Ecuador país libre de cultivos y semillas transgénicas (Art. 401).

47 Artículo 410.

48 Artículo 12.

49 A través del artículo 412.

El derecho al ambiente sano se hace transversal a lo largo de todo el sistema. El artículo enumera los supuestos de prevención, preservación y reparación medioambiental, biodiversidad e integridad del patrimonio genético. Desgrana una serie de prohibiciones que van desde la prohibición de transgénicos al uso de armamento químico, biológico o nuclear⁵⁰. Este derecho siendo importante para el sistema ecológico no lo es en la trascendencia que adquieren los nuevos derechos de la naturaleza que no son rotulados concretamente como de “sumak kawsay” pero que, sin duda, forman parte esencial de su lógica. De hecho, todos los contenidos del sistema están mucho mejor sintonizados con los derechos de la naturaleza. Los contenidos más novedosos del sistema serían: a) la descripción detallada de una lógica administrativa y judicial total en la prevención y articulación de la naturaleza; b) reparación integral de ecosistemas dañados; c) indemnización de comunidades; d) imprescriptibilidad del delito ecológico; e) generación de mecanismos de participación e implicación activa de individuos y comunidades; f) consulta informada y reglada a la comunidad sobre cualquier acción del Estado que pudiera modificar el habitat; g) prohibición de la propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales colectivamente adquiridos; h) intangibilidad industrial extractiva de las áreas naturales protegidas; cláusula de cierre en contra de la firma de cualquier instrumento internacional que comprometiera alguno de los supuestos del sistema.

El sistema de biodiversidad y recursos naturales se cierra con un último capítulo en el que se contempla la ecología urbana. Queda corto un tema trascendente para la calidad de vida, para el “sumak kawsay”, como es el del propio habitat urbano, el de la constitucionalización del “manejo de la fauna urbana” como el propio texto indica. Queda en un solo artículo en el que prescribe políticas públicas generales sobre planificación urbanística, densidad poblacional y modulaciones, y sistemas de habitabilidad. Se echa en falta una sección completa que marque líneas más amplias sobre alternativas, sobre todo en la línea de posibilitar núcleos de convivencia habitacionales e industriales comunitarios ya que esa es la idea matriz –comunidad, “sumak kawsay”– que impregna todo el texto constitucional⁵¹.

50 Derecho al ambiente sano regulado en los artículos 14 y 15.

51 La Sección séptima, si bien establece la mención a la ecología urbana, se queda corta en un solo

IV. Breve conclusión: un nuevo y simbiótico paradigma constitucional

Ecuador, como Latinoamérica, ha tenido textos constitucionales como ha tenido instituciones y procesos electorales. El balance del modelo respecto a los dos últimos siglos se hace una combinación de liberal, autoritario, militarista y oligarquizado, bajo un sistema de derechos sociales radicalmente omisivo. El constitucionalismo semántico ha sido el santo y seña en la construcción de Estados precarios y fallidos. Las mismas elites que protagonizaron y presidieron dichos procesos de decadencia política y jurídica ahora alertan sobre la inconveniencia de los nuevos procesos constituyentes. Sin embargo, la única opción que resta es el estímulo del individuo, de los colectivos bajo sinergias sociales y estructuras de cobertura jurídica que puedan dinamizar la esclerotizada herencia de los agiotistas del antes y agitadores del ahora. La lucha por el nuevo Estado de derechos es simbiótica, nunca podrá ser una actitud contemplativa porque dicho nuevo Estado va indisolublemente unido a un modelo sistémico de participación permanente. Éste es el nuevo reto constitucional.

artículo (Art. 415) y, sin embargo, utiliza el resto en abundar respecto a lo ya dicho con anterioridad.

El derecho propio: ¡destapando la Caja de Pandora!

Gina Chávez Vallejo*

Te doy el nombre de Pandora, ¡oh, graciosa doncella!

–dijo Zeus–.

Tu nombre significa la mujer “de todos los dones”.

A los que acabas de recibir añado éste mío.

Se trata de éste cofrecillo que llevarás contigo cuando bajes a la Tierra.

Contiene todos los males que pueden hacer llorar, sufrir, destrozarse a los hombres.

Guárdate, pues, de abrirlo por nada del mundo.

Si lo hicieras, los males se esparcirían por la Tierra, mientras que aquí permanecerán encerrados, eternamente presos, sin que puedan perjudicar a nadie...

La curiosidad de Pandora, poco a poco, empezó a inquietar su pensamiento...

Pandora levantó la tapa, e inclinó el rostro hacia la breve abertura,

pero tuvo que apartarse rápidamente, presa del mayor espanto.

Un humo denso, negro, acre, salía en enormes espirales del cofre,

mientras mil horribles fantasmas se dibujaban en aquellas

tinieblas que invadían el Mundo y oscurecían el Sol.

–Mitología Griega–

* Doctora en Derecho, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina “Simón Bolívar” sede Ecuador. Profesora adjunta de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sede Ecuador. Profesora invitada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador. ginachv2@yahoo.es

Sumario

I. Introducción. II. El multiculturalismo global en ascenso y la interculturalidad proclamada. III. Derecho e interculturalidad. ¿Como el agua y el aceite? IV. Globalización y crítica al derecho. V. Pluralismo jurídico de tipo igualitario como contrato social. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La Constitución Política del 2008 contiene verdaderas novedades de forma y de fondo en casi todos los ámbitos del orden político ecuatoriano. Uno de los aspectos que más llama la atención, entre afectos y desafectos, es la forma como está redactada. Parecería que el intento de que sea un canto a la vida, un gran poema social, un libro que pueda ser leído por un niño de sexto grado, habría fracasado de manera estruendosa por la cantidad de normas confusas, ambigüedades, inconsistencias y falta de técnica de redacción jurídica que, dicen, contiene el documento.

En tiempos en que la Constitución alcanza el rango de documento jurídico¹ no sería, supuestamente, admisible que su lenguaje fuese otro que la más sobria y estricta jerga legalista, y que en el llamado “discurso del derecho” solo quepa ese conjunto de prescripciones producidas por funcionarios autorizados que las organizan bajo la amenaza del uso de la violencia y por una regla de reconocimiento que, a la vez, actúa como factor de reconocimiento “generalizado” del discurso.²

Para los pocos que solemos mantener un acercamiento al derecho —sea como instrumento de estudio, análisis, ejercicio de ciudadanía o práctica

1 El entendimiento de la Constitución como pacto social, acuerdo político, hizo que se desconociera por mucho tiempo su carácter normativo, el que estaba adjudicado a la ley entendida como la norma secundaria. Esto hizo de la ley secundaria la norma acatada y de la Constitución la norma ignorada.

2 Cárcova, Carlos María, “Política de Derecho en tiempos de reconversión”, *Crítica Jurídica* No. 15, México, UNAM, 1995.

profesional—, la Constitución es considerada un documento que encierra coherencia, racionalidad, unicidad, y cuanto calificativo se vincule a la idea de Estado como un orden de derecho.

El orden del derecho mantiene su eficacia, aunque no el mismo grado de legitimidad, porque entre otras cosas, ha sabido abstraerse del mundo real, creando la sensación de unificación y hegemonía, al punto que para la segunda mitad del siglo XX, a casi nadie se le ocurría pensar en la existencia de otros órdenes jurídicos que no sea el del Estado nacional.

La hegemonía del derecho estatal, sin embargo, no ha logrado aplacar ni la emergencia ni la disputa que sostienen otros órdenes jurídicos que conviven en el espacio del Estado nación, sean fruto de crisis sociales (Santi Romano, 1918)³, conflictos de poder⁴ o factores históricos,⁵ amenazando el supremo orden jurídico y la unidad jurisdiccional proclamados.

Las demandas emergentes de los denominados nuevos movimientos sociales que, desde la década de los años 80, vienen disputando no solo la democratización de la sociedad sino la instauración de un sistema socio-político plural representan un ejemplo de la anterior afirmación. En este sentido, es relevante la lucha sostenida por el movimiento indígena ecuatoriano en el proceso de elaboración de la Constitución del 1998, fruto de lo cual se incorporó el reconocimiento de sus derechos colectivos, entre ellos, la definición del Estado como pluricultural y multiétnico y el derecho de sus autoridades de ejercer funciones de justicia para resolver los conflictos internos dentro de las comunidades y pueblos indígenas. Y lo es más aún la lucha sostenida por dicho movimiento en el proceso de elaboración de la constitución que acaba de entrar en vigencia, por la definición del Estado como intercultural y plurinacional, y por el reconocimiento del derecho propio como base para el ejercicio jurisdiccional aplicable en la solución de sus conflictos internos. Todo lo cual remueve las más sólidas certidumbres del Derecho.

3 Romano, Santi. *El Ordenamiento Jurídico*. Instituto de Estudios Políticos. Traducción de Lorenzo Martín-Retartillo. Madrid-España. 1962.

4 Erhlich, Eugen, *Fundamentos de la Sociología del Derecho*, Brasilia: UnB, 1986.

5 Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 1980.

II. El multiculturalismo global en ascenso y la interculturalidad proclamada

En la década de los ochentas, el país fue testigo de un cambio de fondo en las demandas de los pueblos indígenas. De proponer la legalización de sus organizaciones gremiales pasaron a demandar el reconocimiento de sus propias organizaciones en calidad de pueblos y nacionalidades; de exigir créditos agropecuarios se optó por demandar la capacidad de manejo autónomo de sus espacios de vida; de reivindicar el acceso a la tierra se demandó el reconocimiento y adjudicación de territorios; se demandó, además, el reconocimiento de autoridades propias y de las formas propias de manejo y resolución de conflictos que ocurren entre sus miembros.

Estas aspiraciones fueron vistas, inicialmente, como despropósitos de minorías sin futuro, hasta que la presión social del recién conformado movimiento indígena, a lo largo de la década de los noventas, conmovió a la opinión pública y a sectores sociales e intelectuales que le ofrecieron su respaldo. En un ambiente de conflictividad política vinculada con varias causas, en 1998, la Asamblea Nacional, autodenominada Constituyente, incluyó, por primera vez en la historia ecuatoriana, un capítulo referente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y un artículo, el 191, que otorgaba a las autoridades de los pueblos indígenas la facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres y derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes.

Sin mencionarlo de manera expresa, la Constitución del 98 reconocía la existencia de un pluralismo jurídico al interior del Estado ecuatoriano, no admitido, ni discutido por los defensores del derecho estatal y de la Teoría Pura del Derecho, en los diez años de vigencia de la Carta Política de 1998.

No obstante, es evidente que la Constitución ecuatoriana de 1998 se distancia del integracionismo indigenista como política vigente del Estado nacional hacia los pueblos indígenas⁶; y de las políticas de igualación for-

6 Recordemos brevemente que la política estatal hacia pueblos indígenas fue heredera del tutelaje colonial que exigía la transculturalización del indígena hacia la cultura colonial, como medio para alcanzar un estatus o "privilegio". Conformado el Estado, el tutelaje fue ejercido, por delegación estatal, por la Iglesia. El integracionismo, el culturalismo étnico, el campesinismo fueron las polí-

mal, asumiendo un multiculturalismo⁷ moderado que busca regularizar las demandas étnicas y sociales surgidas desde la década de los ochentas.

Este multiculturalismo se refleja en la Carta Política en la adopción de un igualitarismo proporcional que establece tratos diferentes a grupos diferenciados. A los denominados grupos vulnerables (niños, discapacitados, tercera edad, mujeres embarazadas) les reconoce derechos de protección especiales, y a los pueblos indígenas y afroecuatorianos, además, les otorga ciertas facultades autonómicas como medio para garantizar la diferencia cultural y étnica.

En diez años, aunque consideradas un importante avance, estas medidas no tuvieron el impacto que podía esperarse en las condiciones reales de vida del grueso de la población en general, menos aún en la población indígena, representando, por el contrario, lo que Catalina Botero califica como reconocimiento simbólico perverso que simplemente esconde la realidad contraria que pretende regular y refuerza la segregación que dice combatir.⁸

Esto ocurre porque una política multicultural, aunque llega a admitir la diversidad cultural más allá de la tolerancia, reconoce igual dignidad a los pueblos⁹, acompaña su acción con políticas públicas de la diferencia¹⁰, e incluye una cierta eficacia jurídica¹¹, no llega a modificar de manera sustancial la esen-

ticas ensayadas por el poder central para construir la cultura nacional y el estado unitario.

7 Con el término multiculturalismo se expresa la convivencia de culturas diversas en un mismo espacio geo-político. Charles Taylor (Taylor, Charles, *El Multiculturalismo y "La política del Reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica. Traducción de Mónica Utrilla de Neira.), uno de los precursores del término, se ampara en las controversias políticas sobre el nacionalismo, el feminismo y el multiculturalismo que ocurren en varios puntos del planeta para plantear que dentro de las democracias liberales, el desplome de las jerarquías sociales estables vuelve común la exigencia de reconocimiento público de las diversidades, junto con la idea de dignidad de todos los individuos.

8 Botero, Catalina, "Jurisprudencia constitucional y derecho indígena en América Latina", en Fernando Flores Jiménez, coord., *Constitución y Pluralismo Jurídico. Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*; Corporación Editora Nacional, 2002.

9 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referente a los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

10 Creación de espacios institucionales de representación propias de comunidades étnicas y la implementación de políticas de inversión clientelar, poco o nada redistributiva, desde dichos espacios.

11 Botero, al hacer referencia a la eficacia jurídica de las acciones de protección de los derechos colectivos, habla de aquella alcanzada mediante el ejercicio de la tutela colombiana que, aplicada de

cia de la democracia y del derecho formales. Sin embargo, se encuadra en la corriente democrática que buscan aplacar demandas sociales emergentes fruto de un mundo conflictivo, cambiante y en transformación, cooptándolas.

Este multiculturalismo en ascenso morigeró el positivismo jurídico incorporando normas y políticas de la diferencia al más alto nivel. Crea espacios de construcción de identidades que no afectan de manera sustancial al orden social nacional, modifica la imagen pública del Estado con el objeto de sostener el “establishment”.

No ocurre igual con la interculturalidad¹² proclamada en la nueva Constitución que propone una modificación sustancial de algunos de los elementos centrales del Estado de derecho liberal.

La nueva Constitución, no solo que ratifica disposiciones contenidas en la Constitución del 98, respecto de los derechos multiculturales de manera general y de los derechos de pueblos indígenas de manera particular, sino que radicaliza su contenido. Un ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades de “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario...” (Art. 57, núm. 10), así como el otorgamiento de la facultad de sus autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones y derecho propio, dentro del ámbito territorial, manteniendo su ejercicio sin contrariar la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales (Art. 171).

El artículo 171 hace parte del capítulo Cuarto de la Función Judicial y Justicia Indígena, de la sección Segunda, Justicia indígena, ubicado luego de la sección Principios de la administración de justicia y antes del artículo 188, que consagra el principio de unidad jurisdiccional operable dentro de la justicia ordinaria. Esto hace del derecho indígena un componente de la superestructura de la Función Judicial, que opera de manera autónoma de la justicia ordinaria y tiene por límite la Constitución y los derechos huma-

manera edificante por parte de la Corte Constitucional de ese país, logra una protección real, no simbólica, de los derechos de los pueblos indígenas.

- 12 García Canclini (2004) sostiene que lo intercultural alude a un espacio de confrontación y entrelazamiento que no solo supone la aceptación del heterogéneo sino que los diferentes son lo que son en relaciones de negociación, conflicto y préstamos recíprocos. García Canclini, Néstor. *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*. GEDISA Editorial. Barcelona, España, 2004.

nos reconocidos en instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos consagrados se hará en el marco de unos diálogos interculturales de dimensiones étnicas, de género, generacionales, físicos, sexuales y geográficos (Art. 28 de la nueva Constitución).

Todo esto, a no dudarlo, instaura en el Ecuador un orden jurídico plural que rompe no solo con el lenguaje y discurso normativo tradicional, sino que replantea el derecho como orden social y jurídico único y unificado. ¡Se ha destapado la caja de Pandora!

III. Derecho e interculturalidad. ¿Como el agua y el aceite?

La racionalidad del derecho viene acompañada con un discurso y un lenguaje basado en la ficción¹³.

La reducción de la conflictividad y diversidad reinantes al interior del Estado nación se hace posible en base a la ideología del interés estatal colectivo, diseñado para encubrir el inevitable conjunto de intereses contrapuestos entre sí, conviviendo en un mismo Estado. Kelsen decía: “Llamar interés de todos al expresado en el orden jurídico, es una ficción, inclusive cuando ese orden representa un compromiso entre los intereses de los grupos más importantes”¹⁴.

13 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1982. Kelsen terminó reconociendo, casi al final de su vida, que su teoría de la norma básica (“grundnorm”), fundante de la validez última de todo sistema jurídico, es una “ficción”. Recurrió para ello a la filosofía del “como si” de Hans Vaihinger y lo expresó del siguiente modo: “Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa: interpretarlas como válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción”.

14 *Ibid.* Sostenía también Kelsen que “si el orden jurídico fuese realmente la expresión de los intereses de todos, es decir, si estuviese en completa armonía con los deseos de todos los individuos sometidos a él, entonces podría contar con la obediencia voluntaria de todos sus súbditos; no necesitaría tener carácter coercitivo; y, siendo enteramente “justo”, tampoco necesitaría ostentar el carácter de derecho”.

Es una ficción también la idea de que todos los ciudadanos sienten o piensan permanentemente del mismo modo. Esta ficción es muy semejante, en palabras de Kelsen, a la idea que implica la teoría de la acción recíproca. Para el caso de los mandatos emitidos “en nombre del Estado”, éstos sustentan su validez en una suposición de que son imputables a la comunidad política.

La noción de ciudadanía, la norma, la producción normativa, cumplen la función de reducir la conflictividad social a la aplicación de la ley, consagrando la máxima de que el derecho es la expresión pacífica de la guerra.

Lo plural es admisible para la vida social, no para la fase de producción o aplicación del derecho. La pluralidad es resuelta mediante la aplicación imparcial de la ley y la adopción de políticas y medidas razonables. La etnicidad puede ser sometida a un examen de discriminación, en el que dichos criterios están delimitados de manera razonable. Lo plural es un asunto del mundo real, del ser, no del mundo del derecho, del deber ser.

Las ficciones jurídicas fueron útiles, y aún lo siguen siendo, para eliminar la idea de la existencia de una dualidad entre Estado y Derecho proclamando su unicidad, y con ello, su hegemonía. En este sentido, Kelsen reflexiona que tal dualismo resulta de la tendencia a personificar e hipostasiar nuestras personificaciones, poniendo como ejemplo típico de tal tendencia la interpretación animista de la naturaleza del hombre primitivo que entiende a la naturaleza como animada, asumiendo que detrás de cada cosa existe un alma, un espíritu, un dios.

La hegemonía del Estado y del Derecho han sido posibles, entonces, por el sostenimiento de un discurso basado en la ficción, un ejercicio silogístico de la razón y la expulsión del orden jurídico de todo orden normativo que no pertenezca, ni sea producido por el Estado.

El ejercicio racional que se hace en el esfuerzo de sostener esta concepción de Estado y de Derecho, consiste en encontrar los puntos comunes, el consenso, el universalismo de los principios, valores y normas del derecho estatal.

La libertad y la igualdad representan los principios organizadores del derecho liberal, mientras que la razón no solo es el ejercicio intelectual sino la ideología del Estado de derecho.

La Teoría de la Justicia de John Rawls¹⁵ evidencia el papel de la razón como ideología del Estado cuando tiene en el “ejercicio de la razón” el elemento de unificación y encuentro entre los miembros de la sociedad, de ahí que su teoría se sustenta en identificar aquellos principios básicos que suscitan un acuerdo racional entre personas razonables, lo dice, vengan de donde vengan. A esto se conoce como racionalismo convergentista.

En esta concepción, no es la condición social, ni la división de clases, ni la diferencia cultural la que incide en la definición del contrato y en la obtención o no de justicia; son la razón y las personas razonables las únicas que pueden suscitar acuerdos sobre principios universalmente aceptables.

Quien produce una noción de verdad,¹⁶ quien tiene en sus manos la garantía del derecho a la autodefensa y la prohibición de dañar, arbitraria o innecesariamente, a sus semejantes (Garzón Valdés, 2000)¹⁷, como principio de relación de culturas diferentes, son agentes racionales que ponen un parámetro, colocan un encuadre perfectamente medible y apreciable, para construir un “modus vivendi”, o espacio de equilibrio de fuerzas que tiene a la razón como el punto de equilibrio.

Pero, ¿qué hacer cuando la prescripción constitucional otorga reconocimiento a una forma de producción normativa distinta de la del Estado central, que además no es compatible con la razón silogística sobre la que se basa?

¿Con el reconocimiento del Derecho Propio de los pueblos indígenas estamos frente a la emergencia de un animismo arcaico que destapa temidos oscurantismos que parecían haber quedado enterrados en la historia del primitivo humano?

15 La Teoría de la Justicia de John Rawls (1971), apoyado en las teorías del contrato social y en el constructivismo kantiano, promueve la idea de elevar al máximo el bien mediante un estricto e imparcial ejercicio de la justicia, como parte de una cooperación social. Bajo esta perspectiva, solo es viable el contrato social cuando actúan agentes racionales tomando decisiones racionales. Señala que la inevitable vaguedad de las leyes, en general, y el amplio ámbito concedido a su interpretación, favorecen la arbitrariedad al tomar decisiones que solo la lealtad a la justicia puede mitigar.

16 Habermas, Jürgen, Apel, 1985.

17 Garzón Valdés, Ernesto. *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

La interculturalidad es una vieja noción que puede rastrearse desde tiempos anteriores al Antiguo Testamento. De acuerdo a Otfried Hoffe,¹⁸ se remonta a la construcción de las nociones del “yo y el otro”, la noción de “extranjero”, la noción greco-romana de “bárbaro”, la comprensión del “civilizado” y el “salvaje, el humano y el no humano”, y en el siglo XX, la teoría de la “raza”. La construcción de estas categorías conforma lo que algunos tratadistas denominan el “Derecho intercultural”.

De acuerdo a Hoffe,¹⁹ el Derecho intercultural no es, precisamente, el “*ius civile*”, tampoco el “*ius inter gentes*”, o derecho público vigente entre los pueblos; es, más bien, en términos actuales, el derecho privado internacional o “*ius gentium*” romano que está integrado por un derecho material económico y comercial.

La modernidad cierra toda posibilidad de vigencia de un derecho intercultural al optar por la construcción de un estado y un derecho unificado, celular. A partir del esto, el derecho será solo el del Estado. Su producción, aplicación, vigencia y la estructura institucional derivada de él estará concentrada y controlada en los límites del Estado nacional y en los del derecho como círculo cerrado. Con esto, el derecho solo será lo que diga el derecho qué es derecho.

El mundo real, sin embargo, es esencialmente heterogéneo y plural, no solo en su composición social sino en la producción del conocimiento y en la del derecho.

La teoría general del derecho parece no resistir al embate de la globalización en ascenso, ni de la interculturalidad proclamada en la Constitución, en tanto representaría juntar realidades incompatibles e inviables así como mirar de un modo diferente la convivencia de dos derechos o la producción social basada en la idea del “Sumak Kawsay”. Requeriría la reinención de significados menos siniestros que permitan mirar a los sapos, culebras y demonio que emergen de las profundidades de la Caja de Pandora, sin los temores que cobijaron respecto de las diversidades, colectivismos y reciprocidades, en la fase de superación de las monarquías y colonialismos.

18 Hoffe, Otfried, *Derecho Intercultural*, Traducción de Rafael Sevilla, Barcelona-España, Ed. Gedisa, 2002.

19 *Ibid.*

IV. Globalización y crítica al derecho

Somos partícipes de un mundo en constante cambio. La globalización con sus efectos en la economía mundial, en la movilidad humana, en las formas de comunicación y en la construcción de nuevas diversidades diferenciadas, movimientos feministas, gays, nacionalismos, minorías étnicas, comunidades de emigrantes, conforma la geografía del mundo actual. Nunca como ahora se ha puesto en evidencia el carácter heterogéneo de los Estados modernos.

Los estados, las legislaciones nacionales, las políticas educativas y comunicacionales, como formas de producción social y organizadores de grupos coexistentes en territorios localizados parece haberse difuminado como medios para manejar y resolver las demandas y conflictos que surgen de estas nuevas identidades, generando fuertes crisis de legitimidad, conflictos sociales, cambios drásticos de la realidad.

Estudios críticos del derecho han abordado el análisis de estos factores de cambio social actual y su impacto en el derecho, buscando elementos que ofrezcan respuestas y salidas. El derecho alternativo (B. de Carvalho, 1997)²⁰, el derecho vivo, el derecho emancipatorio²¹ serán algunas de las corrientes de pensamiento que dentro y fuera del campo del derecho han abordado el estudio de formas de interpretación favorables a una coexistencia basadas en las nuevas realidades plurales que vienen intensificando la competencia, oposición o neutralización entre órdenes normativos.

En la segunda mitad del siglo XX, un importante intento por discutir el concepto de derecho, al interior de la Antropología, representó lo que se conoce como debate Gluckman-Bohannan que, a decir de Santos,²² es más fructífero por las cuestiones que ha suscitado que por los resultados a los que ha llegado.

En una latente preocupación sobre el papel del derecho estatal frente a los órdenes normativos indígenas y tribales, el debate Gluckman-Bohannan

20 Bueno de Carvalho, Amilton. *Dereito alternativo em movimento*. Río de Janeiro, Ed. LUAM, 1997. Cárcova, Carlos María, "Política de Derecho en tiempos de reconversión", *Crítica Jurídica* No. 15, México, UNAM, 1995.

21 Santos, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá-Colombia, ILSA, 1991.

22 *Ibid.*

puso a discusión la cuestión de si es legítimo (Gluckman) o ilegítimo (Bohannon) usar en el análisis de otras sociedades y culturas, conceptos como el de derecho. Para el primero, los conceptos occidentales son utilizados por la Antropología previa una reducción analítica que los libera de las principales connotaciones etnocéntricas (ideológicas) que impiden el riesgo de occidentalizar o distorsionar las observaciones empíricas. Por el contrario, para Bohannon, dicho ejercicio no es posible por lo que para el análisis de las sociedades primitivas no hay más alternativa que utilizar los conceptos y categorías “nativas”.

En medio de estas posiciones, surgen otras intermedias, que sostienen la existencia de conceptos culturalmente neutros para analizar comparativamente las sociedades (L.A. Fallers); o las que sostienen que el derecho definido en el mundo occidental no existe en muchas sociedades no occidentales, independientemente de que en ellas existan instituciones que, desde el punto de vista estructural-funcional, tengan contrapartes equivalentes (P. H. Gulliver).

Un efecto de este debate, según Santos (2005), es que algunos autores (Laura Nader, P.H. Gulliver, R. Abel y W. Felstiner), renunciaron a una elaboración del concepto de derecho, en cuanto unidad de análisis, optando por estudiar un fenómeno universal del comportamiento colectivo en el cual el derecho, implícita o explícitamente, se objetiva en la disputa y el litigio.²³

Santos reflexiona en el sentido de que la limitación de esta propuesta analítica consiste en que los estudios se limitan a las disputas con fundamentación normativa, y no a todo tipo de disputas, lo que significa que el concepto de “disputa” no es un concepto alternativo al concepto de derecho sino una alternativa analítica. No obstante, los estudios de litigios y disputas han aportado significativamente en la comprensión acerca de los usos del derecho y de la existencia de órdenes normativos distintos, basados en reglas de reconocimiento identificables, operando en las democracias modernas y los Estados actuales.

Una apreciable línea de reflexión propone el análisis de la ubicación del derecho indígena en relación a la Teoría General del Derecho (TGD), y de los estudios jurídicos. André J. Hoekema (2002:67) evidencia que

23 *Ibid.*

mientras la TGD le asigna una categoría de costumbre, los estudios jurídicos lo ubican dentro de un gran grupo de “derechos” tipos, de derechos no estatales, que se resumen a menudo bajo el lema “folk law”, derecho informal y otros.

Esta línea de análisis ha sido muy fructífera en términos de reflexión y crítica al derecho formal. Pone en tela de juicio la fundamentación misma de la TGD respecto de la definición que ésta hace sobre el derecho, lo jurídico y la soberanía.

Otra, dentro del campo del derecho, sostenida por Óscar Correas, parte de una postura fuertemente argumentativa sobre el derecho, para analizar los argumentos de Kelsen, sobre todos los relacionados con la noción de norma fundante, que fueron ignorados por la TGD y que le hacen al derecho un discurso normativo del ejercicio del poder, convirtiéndole en un observador occidental-europeo del fenómeno del poder y de su ejercicio a través de la normatividad.²⁴

De acuerdo con Correas, el derecho alude a un orden normativo que organiza la violencia, cuyas normas son producidas por funcionarios autorizados por el mismo orden, en la que existe una “Grundnorm” que lo legitima, puesto que es efectivo en el territorio en que pretende obediencia y respeto de los individuos a los que se dirige.²⁵ Sin embargo, este concepto de derecho esbozado por Kelsen no fue desarrollado por la misma TGD, limitándose a respaldar la necesidad hegemónica del Estado nacional de proclamar la unidad del Estado y del derecho, y expulsando del orden jurídico a toda prescripción normativa que no provenga del Estado.

Respecto a la soberanía, sostiene Correas que aunque en los orígenes del concepto tuvo otro significado, el concepto moderno alude a que la voluntad del gobierno no sea determinada por un poder extranjero.²⁶ En términos de prescripción normativa significa que las normas que dicta un gobierno no están determinadas por la voluntad, el poder, la conveniencia de actores sociales extranjeros, dando la idea de que un país es soberano por ser el único que produce normas.

24 Correas, Óscar, *Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

25 *Ibid.*, p. 218.

26 *Ibid.*, pp. 237 y 238.

Como corolario de estas críticas, Correas se pregunta ¿qué impide que los sistemas normativos indígenas sean órdenes normativos “jurídicos”? Y se responde reconociendo que, en realidad, absolutamente nada, salvo esta idea de soberanía cuya función significativa ha quedado relegada totalmente al nivel de la ideología de justificación del estado moderno.

El reconocimiento que hiciera la Constitución del 98 de que las autoridades indígenas ejercen funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, lo que hacía es acercar al derecho estatal a la realidad, lo que no necesariamente acortó las distancias y las diferencias con el mundo occidental. Por el contrario, el escenario nacional se abrió a una exhibición obscena de muestras de la justicia indígena reducidas al ritual del castigo, lo que contribuyó a su constante desfiguración. El debate ha sido limitado y el acercamiento entre los dos derechos, nulo.

V. Pluralismo jurídico de tipo igualitario como contrato social

La Constitución 2008 asume para el Estado un pluralismo jurídico formal al reconocer el derecho de los pueblos indígenas de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, dotándoles de facultades a las autoridades indígenas para que apliquen dicho derecho en la solución de los conflictos entre sus miembros, dentro de sus territorios, observando la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Nos referimos a la existencia de un pluralismo jurídico cuando encontramos que en un espacio geo-político, el Estado-nación, hay más de un derecho u orden jurídico. Para Cárcova, el pluralismo jurídico representa la coexistencia, en un mismo territorio, de dos o más sistemas jurídicos; es decir, de normas organizadas alrededor de distintas reglas de reconocimiento.²⁷

Santos entiende que dicha afirmación supone que el derecho de Pasárgada (localidad brasileña representada en el estudio de Santos) sea un

²⁷ Cárcova, Carlos María, *op.cit.*, p. 100.

auténtico derecho, lo que pasa por una comprobación objetiva;²⁸ sin embargo, pasa también porque el derecho objetivo modifique su estructura monista para dar paso a un derecho objetivo plural de tipo igualitario.²⁹

En el Ecuador, las indagaciones realizadas a partir de las reformas constitucionales del 98 arrojaron que los sistemas normativos vigentes en algunas comunidades indígenas, por estar basadas en relaciones parentales, familiares y de alianzas pluriétnicas, generan escasas relaciones multidireccionales (contractuales, políticas, económicas, de agravio, etc), imprimiendo una característica, de partida, en la dinámica del control social y en el tratamiento de conflictos internos. Estas particularidades les aleja de los servicios legales gubernamentales sea por razones prácticas como las distancias, costos, idioma, desconocimiento de procedimientos; o por razones ideológicas como la participación de los actores en el proceso de tratamiento del problema y búsqueda de soluciones, delegación del tratamiento del caso al juez y a los abogados, incredulidad en la eficacia del sistema judicial oficial, entre otros.³⁰

Los sistemas indígenas en el Ecuador actúan basados en una autoafirmación de que la vida familiar y comunitaria provoca armonía la misma que se rompe por la incursión del “otro”, el foráneo, de ahí que tienden a actuar de manera endógena. Como la armonía no implica ausencia de conflicto, cuando surge un “problema” éste es perfectamente manejable y solucionable a través de los estamentos comunitarios. El objetivo del tratamiento de un problema o conflicto es buscar la “mejor solución” que logre restituir el buen nombre, el prestigio, el respeto y la reintegración social de quien rompe la armonía. Entre los mecanismos para encontrar la mejor solución está el diálogo entre las partes, la negociación, la indagación, procesos en las que participan un amplio número de actores. La mejor solución busca liberar al responsable de aquellos elementos que le condujeron a

28 *Op.cit.*, p. 63.

29 Hockeman, André J., “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Bogotá-Colombia, 2002. Revista *El Otro Derecho* No. 26-27, ILSA.

30 Chávez Gina, García Fernando. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnográfica jurídica indígena y afroecuatoriana*. Quito-Ecuador, 2004. Colección ATRIO, FLACSO Sede Ecuador, pp. 162-169.

cometer el “error” y a restaurar la armonía individual y comunitaria perdida; en este sentido la sanción actúa como mecanismo de sanación y no como pago de culpas o vindicta pública.

Es evidente que los sistemas indígenas operan, mediante actos de diferenciación con el sistema legal gubernamental, aplicando mecanismos de reajuste (aplicación del diálogo y el consejo), reciprocidad (protección del buen nombre y de la convivencia comunitaria) y solidaridad (búsqueda conjunta de soluciones satisfactorias para todos). La instauración de un pluralismo jurídico objetivo en la nueva Constitución se pone a tono con la comprobación objetiva de la existencia de sistemas de justicia indígena, un derecho vivo.

Con este reconocimiento, la Constitución deja de eludir el problema de las fuentes de producción del derecho para asumir que hay alguien más que el Estado nacional, los pueblos indígenas, que también lo producen y lo ejercen dentro de un orden social y político que les liga. Significa que el Estado ecuatoriano asume que el derecho indígena es un auténtico derecho, por lo cual modifica la estructura monista de su derecho central. Esto, no solo abre una vez más el debate acerca del pluralismo jurídico sino que lo instaura de manera objetiva, haciendo necesario una revisión de lo representa e implica para el país.

El debate acerca del pluralismo jurídico tiene larga data en el contexto del Estado nacional. Para solo referirnos al debate en el siglo XX, Santi Romano, jurista italiano, en 1918, sostenía con vehemencia la falsedad histórica de la tesis del monopolio de las fuentes del derecho por parte del derecho del Estado, argumentando que las normas estatales son solo una parte de las normas jurídicas existentes en el espacio del Estado-nación. Para este jurista, las crisis sociales impulsan a grupos sociales a constituirse en círculos jurídicos independientes, estableciéndose una relación entre crisis del Estado nacional y pluralismo jurídico.

Se volvería a discutir el pluralismo jurídico en la década de los 60 a partir del planteamiento de antropólogos como Lévi-Burth y otros que sostenían la existencia de percepciones jurídicas no impuestas por la autoridad pública, lo que representaba un derecho que no emana de la sociedad global y tiene que ver con derechos de tipo supranacional e infranacional. Marc Galanter (1981) sostenía que en el proceso de modernización del derecho

se dan discrepancias entre el modelo hegemónico y multitud de prácticas sociales, locales, consuetudinarias y que en la sociedad hegemónica, el derecho, más que una aspiración del pueblo es una aspiración de grupos hegemónicos.

Luego de una nueva pausa en el debate, Bobbio vuelve a poner a debate el tema del pluralismo jurídico al sostener que frente a la tendencia del derecho estatal de absorber a otros ordenamientos, persiste la producción preestatal y antiestatal del derecho.³¹ Más tarde Erlich, sostendrá que a más del derecho institucionalizado, preparado para regular conflictos, existe un “derecho vivo”,³² que los usos de la vida social y prácticas comerciales son más determinantes que el derecho mismo; que en el Estado nacional conviven asociaciones sociales de las que el Estado es una de ellas; y que los conflictos de poder producen asociaciones.

El pensamiento plural resurge ligado a crisis de legitimidad de lo público y lo institucional. En América Latina no se ha enfrentado abiertamente la construcción de estados plurales³³, sin embargo se ha avanzado en el reconocimiento normativo de identidades diferenciadas³⁴, y en el diseño de la diferenciación, distintas de las políticas de clase o de distribución.

En el Ecuador, el tema fue tratado por la Antropología y la Sociología Política, en el marco de la discusión sobre el colonialismo (años 70, 80). Una siguiente emergencia del tema ocurrió en la década de los noventa, con el resurgimiento de las demandas étnico-culturales y las demandas de los denominados “nuevos movimientos sociales” que operan a nivel nacional y transnacional.

En la actualidad, el concepto de pluralismo jurídico es usado para identificar dinámicas sociales de regulación entre las que se destacan las que se

31 Bobbio, Norberto, *op.cit.*

32 Erlich, Eugen, *op.cit.*

33 Aunque los ejemplos de estados organizados en base a una diversidad étnica son numerosos, los ejemplos más cercanos son Canadá y Nicaragua en el continente americano y Bélgica en Europa.

34 Las políticas de la diferenciación están basadas en la constatación de la existencia de desigualdades por razones económicas, físicas, de edad o condición étnica, lo que justifica que el Estado trate de manera diferente a los distintos, si es el caso, adoptando medidas de protección especiales, que no toma respecto a otros grupos de la población. Las políticas de discriminación positiva entran dentro del cuadro de la diferenciación que tiene como objetivo alcanzar una igualdad real, no formal, entre las personas.

dan al interior de las comunidades tradicionales (indígenas), o en nuevas comunidades excluidas o marginalizadas (formas de regulación en los cinturones de miseria de las grandes ciudades); las que emergen como resultado de la acción de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, mujeres, etc., demandando participación en la toma de decisiones públicas referentes al manejo de recursos naturales); las que se presentan en casos de crisis institucional e, incluso, las que son el resultado de los procesos de globalización del capital (la “lex mercatoria”).³⁵

En verdad, algunas de estas manifestaciones pluralistas no se deben a una toma de conciencia de que sus comunidades tengan derecho a ser diferentes dentro de la sociedad mayor, sino a consideraciones y valoraciones de efectividad de las políticas públicas, tal es el caso de los modos normativos y regulatorios en los cinturones de miseria de las grandes ciudades y de las demandas de participación de los denominados nuevos movimientos sociales.

En síntesis, el debate sobre el pluralismo jurídico no solo alude a la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos conviviendo en un mismo espacio geo-político, sino que alude también a la producción y aplicación del derecho, función que en el Estado moderno opera bajo la presunción de que la producción del derecho solo puede hacerla el Estado, idea que a su vez está cada vez más debilitada ante una palpable realidad social y normativa que supera la ficciones y miedos del derecho.

El punto está en saber si se puede lograr un consenso, un punto en común razonable (:?), un “modus vivendi” plural.

Hoekman mira que existen dos tipos u opciones de pluralismos jurídicos que pueden ser construidas: un pluralismo de tipo unitario y uno de tipo igualitario: en el pluralismo jurídico unitario coexisten dos o más sistemas de derechos reconocidos en el derecho estatal, incluso en la misma Constitución, reservándose el derecho oficial la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los sistemas de derecho reconocidos;³⁶ ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 1998. En este tipo de pluralismo se ven algunos rasgos culturalmente distintos y se con-

35 Ardila Amaya, Edgar, “Pluralismo jurídico: Apuntes para el Debate”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. Bogotá-Colombia. Revista *El Orro Derecho* No. 26-27, ILSA, p. 53.

36 Hockema, André, *op.cit.*

templa la multiculturalidad en leyes sin que se llegue a reconocer la existencia y validez de todo un sistema de derecho indígena.

En el pluralismo de tipo igualitario, el derecho oficial reconoce, además, la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional.³⁷

En un pluralismo igualitario reina, de acuerdo a Hoekman, una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho, haciendo que el derecho indígena sustituya al derecho nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente.

Un ámbito intercultural puede dejar establecido el ámbito mínimo de aplicación del derecho indígena, pero deberá centrarse, fundamentalmente, en delimitar reglas de tratamiento de los conflictos mixtos que no podrán ser tratados en el sistema nacional sino por un sistema de reglas interculturales especiales.

Hoekman habla del desarrollo de reglas y procedimientos legales federales, estructuradas a la manera de las reglas de conflicto vigentes en el derecho civil internacional, que incorporadas en el derecho formal nacional tengan la vocación de asegurar valor legal y definitivo (caso juzgado) a soluciones y decisiones producidas en y tomadas según las normas y los procedimientos propios de los sistemas de derechos y autoridades indígenas.³⁸

Estas reglas también establecen los ámbitos de competencia de los mismos y las normas para dirimir conflictos de competencia así como las instancias y los procedimientos de apelación.

Las experiencias vividas en el proceso constituyente pusieron en evidencia que la Constitución no es un tratado de derecho, mucho menos un ensayo jurídico experto, es el más grande e importante acuerdo nacional que esta vez fue construido como consecuencia de sueños alimentados en la rabia de la injusticia, la aridez del Derecho formal y la escasa identificación con las salidas que se ofrecen.

³⁷ *Ibid.*, p. 71.

³⁸ *Ibid.* p. 72.

La nueva Constitución rompe con la forma y con el fondo de nuestra democracia de papel. La estructura del texto resignifica los principios y valores comunes; el lenguaje que para algunos es poco elaborado significa una nueva formulación normativa; el reconocimiento de nuevos derechos y nuevos roles institucionales redefinen la democracia, las instituciones y el rol del poder público; los derechos ciudadanos relegitiman al Estado; el pluralismo jurídico que reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas confiere un nuevo sentido al universalismo y positivismo. El cambio nos ofrece la posibilidad de amigarnos con los temores y angustias que acumuló un orden jurídico-político que optó por la hegemonía y el sometimiento y destaparlos para conocerlos en sus auténticas dimensiones.

VI. Bibliografía

- Ardila Amaya, Edgar, “Pluralismo jurídico: Apuntes para el Debate”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. Bogotá-Colombia. Revista *El Otro Derecho* No. 26-27, ILSA.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 1980.
- Botero, Catalina, “Jurisprudencia constitucional y derecho indígena en América Latina”, en *Constitución y Pluralismo Jurídico*, 2002. Fernando Flores Jiménez (Coordinador), *Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional.
- Bueno de Carvalho, Amilton. *Dereito alternativo em movimento*. Río de Janeiro, Ed. LUAM, 1997.
- Cárcova, Carlos María, “Política de Derecho en tiempos de reconvencción”, *Crítica Jurídica* No. 15, México, UNAM, 1995.
- Chávez Gina, García Fernando. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnográfica jurídica indígena y afroecuatoriana*. Quito-Ecuador, 2004. Colección ATRIO, FLACSO Sede Ecuador.
- Correas, Óscar, *Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- Erhlich, Eugen, *Fundamentos de la Sociología del Derecho*, Brasilia: UnB, 1986.

- Galanter, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*. 1981.
- García Canclini, Néstor. *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*. GEDISA Editoria. Barcelona, España, 2004.
- Garzón Valdés, Ernesto. *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- Gluckman, Max, *Política, Derecho y Ritual en la Sociedad Tribal*, Madrid, Madrid, 1978.
- Hockema, André J., “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Bogotá-Colombia, 2002. Revista El Otro Derecho No. 26-27, ILSA.
- Hoffe, Otfried, *Derecho Intercultural*, Traducción de Rafael Sevilla, Barcelona-España, Ed. Gedisa, 2002.
- Nader, Laura, *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, México, Instituto Oaxaqueño de las Culturas y CIESAS, 1998.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1982.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Romani, Santi. *El Ordenamiento Jurídico*. Instituto de Estudios Políticos. Traducción de Lorenzo Martín-Retartillo. Madrid-España. 1962.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá-Colombia, ILSA, 1991.
- Taylor, Charles, *El Multiculturalismo y “La política del Reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica. Traducción de Mónica Utrilla de Neira.

Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos.

Avances conceptuales en la Constitución del 2008

Ramiro Ávila Santamaría*

Sumario

I. Introducción. II. La garantía. 2.1. La comprensión de la garantía. 2.2. La titularidad para poder accionar. 2.3. La naturaleza de la garantía. 2.4. Los requisitos. 2.5. El derecho protegido. 2.6. El obligado. 2.7. La autoridad competente. 2.8. El procedimiento y la forma de terminarlo. 2.9. El resultado. 2.10. El cumplimiento. 2.11. Las medidas cautelares. III. Conclusión.

I. Introducción

Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin las garantías, los derechos

* Doctor en Jurisprudencia de la PUCE, Master en Derecho de Columbia University (LLM, New York), Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar y Profesor de Derechos Humanos de la PUCE. ravila@uasb.edu.ec

serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad¹.

Las garantías siempre han existido en las relaciones jurídicas, piénsese por ejemplo, en un contrato privado, que es un acuerdo de voluntades entre dos partes, en las que ambas se comprometen a realizar alguna actividad; normalmente, en los contratos se establece una cláusula de garantía en caso de incumplimiento. Así sucede también en el derecho constitucional. La Constitución podría ser considerada como un pacto social, en el que constan responsabilidades de las personas, como la limitación de la libertad cuando alguien viola derechos protegidos penalmente o el pago de tributos y obligaciones del Estado, que se manifiestan en la forma de derechos fundamentales.

Los derechos y las garantías van de la mano. Las garantías frente a los derechos podrían estar en tres situaciones en el sistema jurídico: (1) no hay garantías, pero hay derechos; (2) hay garantías, pero deficientemente diseñadas, y derechos; (3) hay garantías adecuadas para cada derecho.

(1) El jurista H. Kelsen², con absoluta claridad, determinó que una norma jurídica debe contener una condición (hipótesis fáctica) y una obligación, de tal forma que cuando en la realidad se produce la condición, un juez, a través de la imputación, determina la obligación. La garantía de los presupuestos estaban en la misma norma. Si no existía la obligación, en la lógica positivista, era imposible que un juez intervenga. Obligación y derecho se confunden. Si no hay garantía, no existe derecho³. Un derecho que no establezca una garantía resulta una promesa ilusa e irrealizable y se debe evitar esta posibilidad.

En la historia del constitucionalismo, los derechos fueron establecidos sin garantías constitucionales. Los únicos derechos que se podían exigir

1 Ver doctrina sobre garantías y su relación con el Estado y la teoría del derecho: Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en Ramiro Avila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 51-84.

2 Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 4. ed., 2003.

3 La teoría de Kelsen corresponde a presupuestos de la lógica simbólica. Si p entonces q; no q; por tanto, no p. “p” es la condición del derecho, “q” es la obligación. Si no hay obligación, luego no hay derecho.

fueron aquellos regulados por el derecho ordinario. Esta característica es propia de los estados legales de derecho, estados de derecho o estados liberales. Por ejemplo, el derecho a la vida se podía garantizar a través de la tipificación en los códigos penales; el derecho a la propiedad y a la autonomía de la voluntad se garantizaba a través del derecho civil. Quizá, a nivel constitucional, la única excepción era el derecho a la libertad de movimiento, que se garantizaba a través del hábeas corpus.

(2) En el siglo XX, las Constituciones en la tradición europea continental, de la que nosotros somos herederos, establecen múltiples derechos; los catálogos de derechos humanos aumentan considerablemente a finales del siglo XX. En Ecuador, desde 1945, se reconocen progresivamente los derechos sociales⁴. Constituciones como la ecuatoriana de 1929 reconocen múltiples derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos. Sin embargo, la garantía es deficiente. Solo opera la garantía constitucional en casos excepcionales: cuando se trata de violaciones graves e inminentes a derechos que sean (garantía cautelar) o cuando no exista otra vía para repararlos (garantía subsidiaria), cuando se trataba de derechos civiles (garantía excluyente). Por eso, el llamado de N. Bobbio para evitar las discusiones sobre los fundamentos de los derechos, cuando ya están reconocidos y pensar en la forma eficaz de garantizarlos⁵.

(3) Las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos⁶. Si la garantía está bien diseñada, el cumplimiento sería cabal. En la teoría garantista de L. Ferrajoli, la existencia de un derecho demanda la creación de una garantía adecuada⁷. Si no existe la garantía, hay una omisión de parte del Estado, ya del legislador, ya del juzgador, que debe considerarse como una inconstitucionalidad.

4 Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, en *Análisis Nueva Constitución*, revista *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008, p. 36.

5 Ver Bobbio Norberto, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

6 Ver Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 3 edición, Costa Rica, 2004, pp. 303-316.

7 Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y garantía”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid-España, Editorial Trotta, 2001, p. 36.

En la garantía adecuada, todos y cada uno de los derechos deberían tener un mecanismo para la reparación del derecho, con procedimientos constitucionales cabales, sencillos y rápidos. En este supuesto, el procedimiento lleva a una solución de fondo, y no cautelar, subsidiaria o excluyente. Estas garantías son propias de los estados constitucionales y sociales de derecho y, es más, el régimen de garantías para la totalidad de derechos es el mejor modo de profundizar la democracia⁸.

La Constitución de 1998 se encuentra, dependiendo de las violaciones a los derechos de que se trate, en el supuesto (1) y (2), por no regular garantía alguna, en ciertos casos como los derechos sociales con dimensión colectiva y por regular las garantías de forma deficiente, como el amparo para reparar integralmente una violación. La Constitución del 2008, en cambio, se ubicaría en el supuesto (3), como se demostrará.

Para comparar las dos constituciones lo haremos de acuerdo con algunos parámetros: 2.1. la comprensión de la garantía; 2.2. la titularidad para poder accionar; 2.3. la naturaleza de la garantía; 2.4. los requisitos; 2.5. el derecho protegido; 2.6. el obligado; 2.7. la autoridad competente; 2.8. el procedimiento y la forma de terminarlo; 2.9. el resultado; 2.10. el cumplimiento; y 2.11. las medidas cautelares.

II. La garantía

2.1. La comprensión de la garantía

La garantía, en la Constitución de 1998, se la entiende ligada, fundamentalmente, a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce los derechos. El capítulo VI de ésta, que se denomina “de las garantías de los derechos”, enumera cuatro garantías: el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y la defensoría del pueblo⁹. Aunque existe una norma que establece la obligación general de respeto a los derechos humanos como el

8 Perfecto Andrés Ibañez, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 60.

9 Constitución de 1998, artículos 93 al 95.

más alto deber del Estado¹⁰, esta norma no se operativiza como garantía sino a través de lo judicial. En este sentido, la concepción de la garantía es restrictiva.

En cambio, la Constitución del 2008 le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial. Existen dos clasificaciones de las garantías. La una en función de los poderes del Estado y la otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional. En relación a la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (Art. 84), cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los concejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligados a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (Art. 86-94), los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. De esta forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (Art. 11.9) cobra sentido.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”, las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”, las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.

10 Idem artículo 16.

2.2. La titularidad para poder accionar

La titularidad para accionar (acudir ante una autoridad judicial y poner en conocimiento la existencia de una violación de derechos) se denomina legitimidad activa. En el derecho clásico, vinculado con el derecho privado, la idea dominante es que el titular del derecho subjetivo es quien tiene derecho a presentar una acción. En el derecho público, en cambio, es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos y, por tanto, la titularidad es popular (“actio popularis”).

La Constitución de 1998 restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional exclusivamente a la persona que actúe “por sus propios derechos”¹¹. El Tribunal Constitucional, en múltiples decisiones, determinó que se aplica la teoría del derecho subjetivo. En otras palabras, tanto la Constitución como la jurisprudencia restringieron la posibilidad de conocer y acceder a la justicia constitucional.

La Constitución del 2008, en cambio, permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad” (Art. 86.1) pueda proponer acciones constitucionales. La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente¹² y la misma Constitución de 1998, prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente¹³. A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona puede poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del

¹¹ Constitución de 1998, artículo 95.

¹² Ídem, artículo 93.

¹³ Ídem, artículo 91, último inciso.

Derecho Internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴. Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

2.3. La naturaleza de la garantía

La Constitución de 1998 al regular las garantías, particularmente el amparo y el hábeas corpus, lo hace como acciones cautelares. Esto es que solo proceden excepcionalmente cuando se produce una violación de derechos que tiene la característica de grave e inminente. Desde esta lógica, las violaciones de derechos que no califican bajo estos parámetros, simplemente no son exigibles constitucionalmente. Se supondría que existe una acción en el derecho ordinario que declararía la violación del derecho y la reparación. Esa acción, cuando el agente violador es el Estado, debería encontrarse en el derecho administrativo. Sin embargo, el derecho administrativo en Ecuador no se ha desarrollado ni tampoco se ha visto como un camino adecuado para la exigibilidad de derechos.

En cambio, la Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano, al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o conocimiento. Se solicita la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener el cometimiento de una violación de derecho, acción que hace cesar un acto; no importa la gravedad. Se solicita la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado y es una acción reparadora.

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

En la acción cautelar no existe procedimiento judicial y el juez debe actuar de inmediato y tomar cualquier medida siempre que sea efectiva; esto no sucede en la Constitución de 1998 que, a pesar de ser un proceso sumario, no deja de ser un procedimiento burocrático, lento frente a la inminencia y en consecuencia inútil. En la acción de conocimiento el juez si comprueba la existencia de una violación, debe declararla y reparar a la persona o colectivo que la ha sufrido.

	Acción cautelar	Acción de conocimiento
Objetivo	Cesar o impedir violación de DD. HH.	Reparar
Procedimiento	Informal	Reglado
Efecto	Suspender un acto	Declarar la violación de un DD. HH.
Prueba	No existe	Debe existir
Forma	Resolución	Sentencia

2.4. Los requisitos

La Constitución de 1998 determina que deben cumplirse tres requisitos para que el amparo proceda: un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública, violación de un derecho consagrado en la Constitución y la existencia de un daño grave e inminente. Los tres requisitos, según ha aplicado el Tribunal Constitucional, deben ser concurrentes y si falta uno, la acción de amparo es rechazada. La ilegitimidad se ha interpretado como el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley de manera formal; la gravedad se ha entendido como la producción de un daño considerable y la inminencia como un vínculo temporal entre el hecho y el daño, que debe ser inmediato. En la práctica, por ejemplo, si un agente del Estado logra demostrar que se ha cumplido todos los actos, no tiene sentido analizar los otros requisitos. Así, ante un reclamo por la construcción de una carretera

en un área protegida (Parque Nacional Yasuní), el Tribunal consideró que al existir consulta previa y estudios de impacto ambiental, no tenía sentido analizar la violación del derecho y el daño, cuando lo que se demostraba en la acción era precisamente el daño.

El hábeas corpus, a su vez, procede cuando se produce una ilegal privación de libertad (no exhibir la orden, no cumplir requisitos legales, presentar vicios de procedimiento o si no justificar el fundamento del recurso). En la práctica, cuando el agente de estado presenta la boleta de detención con todos los requisitos formales, no procede el recurso, aún cuando al momento de la detención no se haya presentado la boleta.

En la Constitución del 2008, en cambio, se requiere que exista una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, no importa de qué tipo de acto provenga, de qué autoridad, ni qué condición tenga la persona víctima. Esto es, la violación de derechos humanos podría producirse por un acto administrativo, una norma, una política pública, un acto u omisión que proviene de un agente de Estado o de una persona particular.

2.5. El derecho protegido

La Constitución de 1998, en teoría, protegía “cualquier derecho consagrado en la Constitución”¹⁵. Sin embargo, por la restricción de que la persona debía comparecer “por sus propios derechos” y que éstos debían provocar un daño grave e inminente, los derechos protegidos se restringieron a los derechos civiles, con particular énfasis los derechos relacionados con la propiedad; lamentablemente, la litigación de los derechos que tenían dimensión colectiva, como el derecho a la atención inmediata de salud o el derecho a una educación de calidad, nunca pudieron ser exigibles. En estos casos, era difícil demostrar el daño o la titularidad del derecho. En la práctica, entonces, no se pudo exigir “cualquier” derecho.

En la Constitución del 2008, en cambio, tenemos una acción de carácter general, que se puede aplicar a cualquier derecho, y acciones especiales para determinados derechos específicos, dependiendo de la peculiaridad de las violaciones que se puedan producir.

15 Constitución de 1998, artículo 95.

Si hacemos un balance comparativo, tendríamos el siguiente resultado:

Derecho protegido	1998	2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo (Art. 95)	Medida cautelar (Art. 87)
Todo derecho (fondo)	No existe	Acción de protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad física (tortura)	No existe	Hábeas Corpus
Desaparición forzada	No existe	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	No existe (amparo judicial en el código de procedimiento penal)	Hábeas Corpus
Acceso a la información pública	No existe (ley orgánica de acceso a la información pública)	Acceso a la información pública
Intimidad (protección información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia sistema jurídico	No existe	Acción de incumplimiento
DD.HH. y seguridad jurídica en lo judicial	Expresamente prohibido	Acción extraordinaria de protección
Garantía normativa	No existe	Garantías normativas
Garantía de política pública	No existe	Garantía de política pública
Total	Tres garantías	Doce garantías

En la Constitución del 2008 existe, por tanto, derechos que tienen mecanismos de protección adecuados.

2.6. El obligado

El obligado, el destinatario de la acción constitucional, en la doctrina tradicional del derecho, es el Estado y excepcionalmente las personas particulares. Así lo determina la Constitución de 1998. En el hábeas corpus, la privación de libertad solo podría producirse por un funcionario o empleado estatal; en el hábeas data, se solicita al “funcionario respectivo”; en el amparo, se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de “una autoridad pública” y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso. En suma, la responsabilidad es vertical-pública. Cuando se trata de relaciones horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario.

En la Constitución del 2008, en cambio, encontramos lo que podríamos llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal¹⁶. En realidad, la acción de protección no procede cuando las personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo, cuando hay incumplimiento de contratos. La acción solo procede contra particulares cuando están en relación de poder, uno puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión.

2.7. La autoridad competente

La Constitución de 1998 establece que salvo el hábeas corpus que lo conoce la persona que ejerce las funciones de alcalde, las garantías se presentan ante “el órgano de la Función Judicial designado por la ley”. Ese órgano ha sido el juez de lo civil y los tribunales de lo contencioso admi-

16 Sobre la responsabilidad horizontal en derechos humanos de las personas particulares ver Thomas Pogge, “Los derechos humanos” y “Cosmopolitismo institucional fundamentado en derechos humanos”, en *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 65-73; pp. 216-226; Robert Alexy, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios constitucionales, 1997, pp. 506-524.

nistrativoy fiscal. Todas las garantías judiciales establecen que tienen apelación ante el Tribunal Constitucional. Dos críticas a este modelo. El alcalde o la alcaldesa son autoridades que ejercen un cargo administrativo-político de elección popular, que no goza de la garantía de independencia e imparcialidad, responden a un programa de gobierno local y a un movimiento o partido político. En la práctica, la ejecución de la garantía es eficaz si la persona accionante es afín al alcalde o alcaldesa. La otra crítica tiene que ver con la segunda instancia. El Tribunal Constitucional ha estado condenado a recibir, indiscriminadamente, provenientes de todo el país, las apelaciones a las acciones constitucionales de protección de derechos. Por esta razón, el Tribunal no ha podido resolver oportunamente y, además, no pudo priorizar por importancia los casos que recibía. Las resoluciones del Tribunal Constitucional han estado condenadas a ser mal argumentadas y breves.

La Constitución del 2008, en cambio, determina que toda acción constitucional debe ser conocida por un juez con competencia constitucional. Se suprime, por tanto, la competencia municipal para conocer el hábeas corpus. En la Asamblea hubo un intenso debate sobre la necesidad de contar con jueces especializados en primera y en segunda instancia. Al final triunfó la posición de dejar la primera y segunda instancia para el conocimiento de los jueces ordinarios. Algunas razones: la justicia especializada significa una erogación significativa en el presupuesto de la función judicial; si de lo que se trata es que todos los jueces puedan ejercer control constitucional en los casos que conocen, lo más práctico es que ellos, efectivamente, apliquen, en las acciones de protección de derechos, criterios y perspectivas constitucionalistas; no tiene sentido que exista una desproporción entre jueces que resuelven asuntos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad y jueces que resuelven los otros derechos humanos que son muchos más y de más personas; existe una capacidad instalada que puede funcionar en cualquier momento, aunque, hay que reconocer, que los jueces deben ser debidamente capacitados para aplicar adecuadamente la Constitución. En último término, todos los jueces, sin excepción, son garantes de que la Constitución sea aplicada.

La segunda instancia es resuelta por las cortes provinciales de justicia. En esta instancia, que es mediadora entre la Corte Constitucional y los jue-

ces de primera instancia, se espera que pueda incidir determinadamente en que los fallos de la Corte sean efectivamente precedentes. Nada obsta para que se creen salas especializadas a este nivel. De este modo, la Corte Constitucional deja de ser la segunda instancia y puede escoger los casos que sean relevantes para alterar una realidad de frecuentes violaciones a los derechos humanos y corregir el funcionamiento de las instituciones que las provocan. Toda Corte que genera jurisprudencia obligatoria, que tiene la última palabra en interpretación constitucional, no debe ser de fácil acceso. Para ello, no se tiene el derecho a que el caso sea obligatoriamente conocido por la Corte, se debe tener procedimientos rigurosos de admisibilidad y, finalmente, los casos deben ser realmente paradigmáticos. Por citar algunos ejemplos de cortes que no conocen los casos en segunda instancia: la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia.

Existen algunos casos y situaciones en los que la Corte Constitucional resuelve en última y única instancia: la acción de cumplimiento (Art. 93), la acción extraordinaria de protección (Art. 94), las acciones de inconstitucionalidad (Art. 436.2), la dirimencia de competencias de órganos establecidos constitucionalmente (Art. 436.7); los tres primeros casos, nos parece conveniente, debió haberse dejado para el conocimiento de los jueces ordinarios con competencia constitucional. La Constitución del 2008, además, establece el control concreto en casos judicializados en los que se existe contradicción con normas inconstitucionales: el juez debe suspender el conocimiento de la causa y remitir el caso a la Corte Constitucional. Algunas ventajas y desventajas de esta opción. En t re las ventajas podemos mencionar que se garantiza una unidad de criterio para resolver los casos; resulta intolerable que la misma ley sea considerada constitucional por la mayoría de jueces e inconstitucional por unos pocos. En t re las desventajas, el juez pierde el poder para aplicar directamente, en un caso, la Constitución y, además, podría retardar la resolución de la causa. De todos modos, la idea del precedente y de la máxima autoridad para interpretar la Constitución se fortalece. A pesar de la aparente restricción de aplicación directa de la Constitución en un caso concreto, creemos que el juez puede inaplicar una ley que considera inconstitucional siempre que tenga la certeza de que así fuere. “Nosotros estamos convencidos de que en este

supuesto el juez “debe” no aplicar la ley y no tiene obligación de plantear la cuestión”¹⁷.

2.8. El procedimiento y la forma de terminarlo

El procedimiento establecido en la Constitución 1998 para las garantías es propio de una acción cautelar, aunque atravesado por formalismos de carácter judicial: se requiere presentar por escrito y, por la ley de federación de abogados, se necesita un profesional del derecho, la citación se la hace de conformidad con el procedimiento civil al no explicitar la Constitución otra manera, audiencia pública en veinticuatro horas, resolución en cuarenta y ocho horas después. Este procedimiento merece algunos comentarios negativos. No resulta ser un procedimiento verdaderamente cautelar: veinticuatro horas puede ser fatal para alguien que está siendo torturado, por ejemplo. Lo cautelar debe funcionar en el momento del conocimiento de un hecho violatorio que se está produciendo o a punto de producirse. El procedimiento no menciona posibilidad alguna sobre la producción de pruebas y permite las prácticas formales de la justicia ordinaria: la citación hay que hacerla en compañía de un funcionario, las audiencias son meras formalidades y la valoración de lo escrito es extrema.

El procedimiento, en la Constitución del 2008, en cambio, pretende establecer un nuevo paradigma en la administración de justicia constitucional. Algunos hitos merecen ser explicados: el procedimiento es oral en todas sus fases, que es la única manera eficaz de garantizar la inmediación y el rol activo del juez; el procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz, que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios que pueden ser complejos, lentos y cerrados, en tanto encasillados en la solución establecida en la fórmula legal; se pueden presentar las acciones de forma verbal, consecuencia también de la oralidad, y sin citar norma alguna; no se requiere la intermediación de un abogado o abogada, bajo la premisa de que la administración de justicia debe ser accesible, un abogado significa normalmente un costo pecuniario y el uso de tiempo, las notificaciones podrí-

¹⁷ José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999, p. 99.

an realizarse por cualquier medio, como el correo electrónico, el fax y hasta a través de una llamada telefónica. Se dirá que lo difícil será certificar la citación. Así como en el derecho mercantil existen formas de certificar los compromisos realizados electrónicamente, se pueden reconocer formas en el procedimiento constitucional, por último, una llamada telefónica puede certificarse a través del asentamiento de una razón en el expediente. El derecho de los derechos humanos, en general, es un llamado a la creatividad de los jueces, juezas, operadores de justicia, litigantes, víctimas. De lo que se trata es de que la justicia sea eficaz, que se resuelvan los conflictos y que se enmienden las violaciones de derechos.

La Constitución permite la práctica de pruebas y también de formas distintas a los procedimientos ordinarios. En cuestiones de Derechos Humanos se presentan conflictos que son hartamente complejos, como aquellos relacionados a la justicia indígena, que requiere de peritajes antropológicos o aquellos en los que la prueba debe ser recogida de forma rápida y personal, por lo que puede ser útil una comisión para recabarla. La comisión para recabar una prueba es totalmente distinta a las pruebas introducidas en otros procedimientos, en los que hay que solicitarlas, el juez debe autorizarlas, hay que citar y notificar y, finalmente, se debe hacer un acta en la que conste la realización de las diligencias. La comisión es una forma nueva, adecuada para el procedimiento oral, por lo que en el acto, se puede enviar a una persona para que practique la prueba. Pensemos en un hábeas corpus en un hospital psiquiátrico por tratos degradantes a una persona. El juez personalmente acude o designa a un funcionario de su despacho para que verifique el hecho, entreviste a los médicos y a los familiares y entregue un informe sobre el caso el mismo día. ¿Escándalo o eficiencia? Escándalo si el jurista está encerrado en el paradigma positivista, eficiencia si lo que se pretende es tener acciones de protección de derechos que funcionen. Este procedimiento de comisiones ha sido desarrollado por la justicia internacional de derechos humanos; en estos procedimientos, llamados visita “in loco” o “in situ”, una delegación o uno de ellos se traslada a un país y verifica hechos¹⁸; lo mismo sucedió, por ejemplo, con la visita “in situ” que realiza-

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 48 (2); Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 40.

ra el Relator de Naciones Unidas para la independencia de jueces y abogados, Leandro Despuy, cuando la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, contra procedimientos violatorios de derechos humanos, fueron cesadas por el Congreso en el año 2004.

La forma de terminación del amparo, en la Constitución de 1998, es la resolución y en la de 2008 es la sentencia. Realmente, en la resolución está implícita la no terminación judicial del caso, por ello, el juez constitucional solo puede suspender el acto que provoca la violación de derechos. En la sentencia, en cambio, se determina la existencia de una violación y continúa abierto el caso hasta el cumplimiento. En la resolución, el juez no puede declarar que existió una violación de derecho ni tampoco repararla; en la sentencia sí. En la resolución, el accionante debe acudir a otra instancia para buscar la solución definitiva, en un proceso con formalidades; en la sentencia, en el mismo procedimiento se resuelve el asunto de fondo. En la resolución, el juez constitucional tiene poderes sumamente limitados, porque depende de otro juez la solución final de una causa; en la sentencia el juez resuelve el conflicto.

2.9. El resultado

La Constitución de 1998 establece que el juez, “de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho”. Suspensión significa dejar provisionalmente sin efecto un acto. Por esta palabra, el Tribunal Constitucional llegó a limitarse calificándose como “legislador negativo”. En muchos casos, las resoluciones son tan escuetas que simplemente ha resuelto “aceptar el amparo”. Con las suspensiones de actos, propios de una medida cautelar no se ha solucionado real e integralmente una violación de derechos.

En cambio, en la Constitución del 2008, el resultado de una acción de protección es la declaración de la violación de un derecho, la reparación integral material e inmaterial, con especificación en la sentencia de las personas obligadas, de las acciones positivas y negativas y las circunstancias en que deba cumplirse la sentencia (Art. 86). Abismal diferencia con la Constitución de 1998. La reparación integral ha tenido un desarrollo considerable en el Derecho internacional de los derechos humanos. El princi-

pio que guía la reparación integral es que hay que procurar la “restitutio in integris”: volver a las personas o pueblos al momento anterior de la violación de los derechos. Esto casi nunca es posible, pero ese es el parámetro con pretensión de objetividad¹⁹.

La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar en dinero y que puede demostrarse a través de evidencias. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente, como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público. En este aspecto, que debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad también es un imperativo; hay veces que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada y otras, en las que la reparación es tan compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo, como la prevención de la tortura que requiere capacitación. Al especificar que las obligaciones que emanan de una violación de derechos pueden ser negativas y positivas, la Constitución rompe con la doctrina del “juez negativo”. El juez no debe limitarse a suspender actos o normas, que sería una típica acción negativa, sino que debe ordenar hacer, como construir, corregir, pagar, disculpar, formar y más. Las circunstancias a las que hace referencia la norma constitucional se refiere a que el juez o jueza deben considerar el contexto para las reparaciones; si a una persona, por ejemplo, se le afectó en una provincia no tiene sentido que las disculpas públicas se las haga en un medio de comunicación que no circula en ese lugar.

2.10. El cumplimiento

La Constitución de 1998 establece que “para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes”. Podría entenderse que, aplicando la invocada creatividad, el juez o jueza tenían todas las posibilidades para ejecutar la resolución. Esto, lamentablemente, no ha sucedido. El juicio de garantías termina con la resolución, que

19 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Loayza Tamayo contra Perú*, en la sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998, ha desarrollado, como parámetro de reparación, la idea de “proyecto de vida”. Ver también Héctor Faúndez Ledesma, *op. cit.*, pp. 799 en adelante.

no repara adecuada e integralmente una violación a los derechos. Un cambio de cultura se facilita, en parte, con una regulación que combata la práctica defectuosa.

La Constitución del 2008 establece algo que podría denominarse “jurisdicción abierta”: “los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”. En otras palabras, la causa no termina con la expedición de la sentencia sino hasta que se haya cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral. La sentencia no es el último paso sino uno más. Lo que importa es la persona, no el expediente. Este procedimiento también es común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, no archiva las causas con la expedición de la sentencia sino hasta que el Estado certifique que ha cumplido a cabalidad una sentencia. La sentencia tampoco debe inhibir al juez a emitir autos posteriores que faciliten la ejecución de una sentencia. Un ejemplo claro es la sentencia sobre desplazamiento forzado emitida por la Corte Constitucional de Colombia. En esta sentencia ha tomado varios años la ejecución y varios autos que de acuerdo a las circunstancias, se encaminan a que se ejecute la reparación establecida²⁰.

2.11. Las medidas cautelares

Aunque se ha hecho referencia a la medida cautelar en párrafos anteriores, conviene enfatizar que en la Constitución del 2008, el Art. 87 equivale al amparo establecido en el Art. 95 de la Constitución de 1998, salvo que la primera es más protectora porque no califica de grave la violación ni tampoco establece un procedimiento judicial.

El requisito para que proceda la medida cautelar es simplemente la inminencia de que se va a cometer una violación o la violación se está cometiendo. La medida cautelar previene o detiene una violación, no más. Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o fondo, puesto que no se podría declarar una violación que no ha ocurrido. Si detiene una violación, seguramente, el juez

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025-2004.

deberá, además, de resolver la medida cautelar, iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Por estas distinciones, la Constitución establece que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección” (Art. 87).

En cuanto al procedimiento, la Constitución de 1998 establece un procedimiento breve pero rígido, que no se compadece con la realidad de una violación a derechos humanos que se está produciendo. Piénsese, por ejemplo, en la negativa de un hospital en admitir a un paciente que está muriendo porque no hay camas; el juez o a la jueza, en este caso, no pueden esperar veinticuatro horas sino que deben intervenir de inmediato. La Constitución del 2008 no establece procedimiento alguno bajo la premisa que cualquiera vale siempre que sea efectivo y respetuoso de los derechos. Podría ser, por ejemplo, en el caso enunciado, una resolución que se envíe inmediatamente al director del hospital, mediante fax y una llamada telefónica.

En el procedimiento de medidas cautelares, que no está reglado, no existe citación, notificación, prueba, validación de lo dicho por el accionante, réplica, resolución formal, apelación. El juez o la jueza, de considerar que el hecho narrado implica una violación que se está cometiendo o a punto de cometer, debe creer y actuar. La actuación del juez no implica que tenga efectos posteriores en un posible caso de juicio de conocimiento en la acción de protección de derechos. Por no ser un juicio contradictorio ni tener un procedimiento reglado, la resolución no equivale a prueba de un hecho violatorio o a determinación de conducta alguna. De hecho, puede suceder que lo denunciado sea falso. En este caso, la resolución no debe cumplirse por no ser cierta.

Las medidas cautelares tampoco son un invento ecuatoriano. Las medidas existen en el sistema de protección internacional de derechos humanos, tanto a nivel regional²¹ como universal²². El procedimiento es sencillo y rápido. Se manda un fax denunciando el hecho que está ocurriendo o por ocurrir y, de considerar necesario, el órgano internacional inmediatamente

21 Ver Héctor Faudez Ledesma, op. cit., pp. 510-594.

22 Ver Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 773-822.

responde para evitar que suceda o se detenga el acto que provoca la violación de derechos. El proceso cautelar, al igual que en el diseño ecuatoriano, no significa prejuzgar sobre el asunto de fondo.

III. Conclusión

La Constitución del 2008 trae avances sustanciales en relación a la regulación de las garantías. Todos los derechos y de todas las personas podrán ser exigidos. Se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones de los derechos en el país. Es de esperar que la Corte Constitucional y los jueces que ejercen competencia constitucional sepan distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos por la vía ordinaria; de igual modo, es de esperar que esta herramienta usen los más necesitados y no los que tienen mayor acceso a usar tradicionalmente la administración de justicia. Sin duda, las garantías han sido inspiradas en quienes sufren las violaciones y no en los abogados y abogadas que abusan de la herramienta. No podía ser de otro modo, si lo que se quiere es un verdadero estado constitucional de derechos.

La famosa frase de Dworkin de que hay que tomar los derechos en serio, ha sido reiteradamente usada en la academia ecuatoriana para referirse también a tomar la Constitución en serio. Pues ahora la retomamos para hacer un llamado y tomar las garantías en serio.

Las garantías corrigen las anomalías cometidas por los agentes de estado o por las personas que tienen poder. A mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías. Si alguna autoridad pública tiene miedo de responder judicialmente, lo que debe temer, en realidad, es no provocar la necesidad de acudir a un juez.

En Colombia existe un antes y después de la Constitución de 1991, no solo para la cultura jurídica por la renovada doctrina que aportó la Corte Constitucional, sino para la administración de justicia²³. Los jueces y las

23 Ver Mauricio García Villegas y César Rodríguez, “La acción de tutela”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Ira reimpresión, 2004, pp. 423-454.

juezas siempre han sido vistos como lejanos y percibidos como un actor desconfiable. Los jueces y juezas tienen ahora la oportunidad, al aplicar los derechos que están en la Constitución, de servir por fin al pueblo, al más vulnerable, al que enfrenta los abusos de autoridad y poder y no a los abogados más prestigiosos, influyentes o que pueden pagar.

La Constitución del 2008 exige jueces y juezas comprometidos, con considerables dosis de imaginación jurídica y hasta cierta inventiva judicial²⁴ y activistas. Comprometidos no con la ley, sino con los derechos. Las garantías permiten que los funcionarios de Estado, particularmente los jueces y juezas, puedan alterar la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento.

24 Marina Gascón Avellan, “La teoría general del garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 29.

Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008

Carlos Castro Riera*

Sumario

I. Una Constitución genuina. II. La transición al Estado Constitucional “garantista”. III. Vigencia y defensa del Estado Constitucional. IV. La nueva democracia social. V. Desarrollo humano sustentable. VI. Una dirección humanista de la producción: la economía social y solidaria. VII. Concepción social y democrática de la soberanía alimentaria. VIII. Rescate del patrimonio público y del sentido del Estado: la democratización de los factores de la producción. IX. Superación del mercantilismo laboral: La dignificación del trabajo. X. La integración de los sistemas institucionales para garantizar el buen vivir. XI. Educación para el desarrollo integral de la personalidad y de la comunidad. XII. Conocimiento y desarrollo. XIII. Concepción integral de la salud. XIV. Universalización de la seguridad social. XV. Control ciudadano del Estado.

* Doctor en Jurisprudencia, catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, ex decano de la misma Facultad, ex Ministro-conjuez de la Corte Superior y de la Corte Suprema de Justicia. ccastroriera@hotmail.com

I. Una Constitución genuina

La nueva Constitución es la expresión de un nuevo momento histórico por el que atraviesa la sociedad ecuatoriana, en un contexto mundial en el que los pueblos de la humanidad se enfrentan al dilema globalización-liberación, y que, en el caso de nuestro país, se expresa como superación de un modelo de desarrollo de carácter neoliberal, para dar paso a un nuevo modelo basado en la concepción del buen vivir.

La Constitución es la expresión de los nuevos actores y sujetos económicos, sociales y políticos que emergen en el escenario histórico como consecuencia de la globalización y un nuevo pensamiento social, en el que se fusionan y se redefinen elementos que tienen que ver con lo ecológico, lo social, lo popular y comunitario, lo inclusivo y solidario, elementos de género, lo multiétnico, lo intercultural y lo plurinacional, que conducen a una nueva concepción de los sujetos de derechos, superando viejas concepciones del individualismo y la ciudadanía liberal, para dar paso a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

La nueva Constitución recoge y sintetiza las demandas sociales acumuladas en más de dos décadas expresadas en los alzamientos indígenas, la lucha por la tierra, la defensa de los territorios indígenas amazónicos, las luchas por la no privatización de los recursos naturales, empresas públicas, sectores estratégicos de la economía y el seguro social, la conservación del seguro social campesino, por la igualdad de género, las movilizaciones ciudadanas contra la corrupción, la defensa de la constitución y la democracia en el régimen de Gutiérrez, la resistencia popular ante el TLC, la defensa de la soberanía nacional, el medio ambiente y la reversión y revisión de las leoninas concesiones mineras e hidrocarburíferas.

Es, por lo tanto, una Constitución eminentemente social y democrática, expresión de nuevos actores y de un nuevo pensamiento, superadora de viejos conceptos sociológicos correspondientes a otra era y que visibiliza, en gran forma, el espíritu de la época y del pueblo ecuatoriano hoy en día; es, indudablemente, una Constitución genuina, muy ecuatoriana, pero también moderna y una de las más avanzadas del mundo, en la que se integra una visión unitaria de la sociedad, el Estado, el mercado y la naturaleza y el “límite” (más bien garantía) del desarrollo humano es el respeto a la madre tierra.

II. La transición al Estado Constitucional “garantista”

Al formularse el carácter constitucional del Estado, se incluye y se supera cualitativamente el Estado de legalidad y el Estado de Derecho, lo cual implica que la legalidad se vuelve un componente de la constitucionalidad y que la Constitución sea fuente de fuentes, instrumento de los derechos y distribuya las competencias normativas que se ejercerán bajo la vigilancia de la Corte Constitucional, de tal manera que la Asamblea Nacional ni podrá extender sus competencias en detrimento del poder constituyente, ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario, en tanto que el Presidente de la República se limitará a la ejecución de las leyes, la regularidad de sus actos administrativos y la justicia ordinaria aplicará, en forma inmediata y directa, la Constitución, haciendo prevalecer los derechos fundamentales. Del régimen de la ley transitamos al régimen de la Constitución.

Por lo tanto, los derechos en general y particularmente los económicos y sociales y los mandatos del régimen de desarrollo, tendrán una mayor y eficaz garantía de ejecución, en virtud de que las autoridades estatales, en general, deberán, en forma directa e inmediata, aplicar las disposiciones constitucionales, pues el texto constitucional, en muy raras ocasiones, en materia de derechos, acude a su desarrollo en la ley para condicionar su aplicación.

Esta situación se ve favorecida por el sistema de garantías contemplado en la nueva Constitución, conformado por políticas públicas, servicios públicos, garantías administrativas, y judiciales, que implica la necesaria intervención de la voluntad política del poder, especialmente de la función Ejecutiva y la Jurisdiccional, para hacer efectivos el sistema de derechos, lo cual está asegurado por claros mandatos constitucionales de aplicación directa e inmediata.

Si la fórmula Estado social de derecho, ideada por Herman Heller, expresa la superación del Estado de derecho acuñada por Robert von Mohl, el Estado constitucional incluye y supera al Estado social de derecho.

En efecto, el Estado social de derecho fue resultado de las luchas obreras y sociales del primer cuarto del siglo XX, que perseguían limitar la economía liberal individualista, resultado de lo cual se asumieron correctivos de intervencionismo público y comunitario, viniendo a perfeccionarse y

unificarse los sistemas de seguridad social, llegando, en Inglaterra, J. M. Keynes a desarrollar las técnicas de intervención estatal en los ciclos de la economía, por lo que se impulsó todo un proyecto de asistencia social a cargo del Estado, más allá inclusive del Estado de Bienestar, mientras que en Francia, con el Plan Monnet, se aceptaba la economía planificada y en Alemania, los economistas socialcristianos asumen un modelo económico abierto a una función correctora y social, el cual se formuló en la Economía Social de Mercado, concepto que, a su vez, fue asaltado y vaciado de contenido por socialcristianos y demócratas populares en el Ecuador, para imponer en la Constitución de 1998 el neoliberalismo económico.

En el Estado constitucional de derechos se parte de la distinción entre democracia formal y democracia sustancial, como dice Luigi Ferrajoli; se constituye todo un modelo garantista, para que el derecho y, por lo tanto, los derechos no solo tengan vigencia y validez formal, sino vigencia y validez material, de manera que la forma y la sustancia, los signos y significados, la legitimidad formal y la legitimidad sustancial se correspondan en la realidad, lo cual implica que los llamados derechos fundamentales tengan todo un sistema de garantías que atraviesa a todo el Estado en sus diversas funciones y en todo su actividad, de tal manera que el énfasis final supone el encuentro de la libertad y la igualdad, pero no solo en su forma sino en la materialidad, lo cual implica, a su vez, la construcción de una nueva sociedad, basada en un nuevo modelo de desarrollo y, por lo mismo, una nueva democracia social, cuyo cimiento solidario y humanista es la “ley del más débil”.

III. Vigencia y defensa del Estado constitucional

Uno de los avances históricos trascendentales de la nueva Constitución es la creación de la Corte Constitucional, que viene a ser la esencia y garantía de la permanencia y vigencia del Estado constitucional de derecho.

En efecto, el principio fundamental de la constitucionalidad no es, en estricto sentido, “Estado con Constitución” o “Estado con Parlamento”, lo es Estado con control y defensa de la constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos y de la propia ciudadanía, para que estén resguardados

e incólumes los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En nuestro país, el control constitucional de los actos normativos radica hoy en día, por una parte, en un Tribunal Constitucional de origen político partidario que expide “resoluciones” con efectos generales, en tanto que los jueces en las causas judiciales que conocen inaplican disposiciones que consideran inconstitucionales, con efectos interpartes. Los Tribunales Constitucionales ni han sido independientes ni imparciales, ni han actuado en puridad jurídica. Sus resoluciones, en los casos más trascendentales del país, han sido políticas, atendiendo a los intereses en juego y a la correlación de fuerzas políticas, en tanto que los jueces de la justicia ordinaria -con rarísimas excepciones- nunca hicieron el esfuerzo suficiente para impartir justicia de cara a la Constitución; en ellos todavía impera la inercia de la legalidad tradicional, prefieren la aplicación del (“su”) Código de la materia, antes que la Constitución.

Hoy, en la nueva Constitución, partiendo de la distinción entre juez ordinario y juez constitucional, se crea una Corte Constitucional, sin origen político sino en base a los méritos, con concurso público, impugnación, veeduría ciudadana y con paridad de género, siendo su objeto el control, interpretación constitucional y administración de justicia constitucional; por tanto, se crea una Corte especializada, independiente, imparcial, del más alto rango, que expedirá “sentencias” de constitucionalidad y generará jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

Vamos, entonces, a superar una etapa de la aplicación fraccionada de la constitucionalidad, pues siendo la misma una sola, debe existir una interpretación uniforme de la constitucionalidad que vendrá dada por la Corte Constitucional.

Los operadores de la justicia que no estábamos acostumbrados a aplicar directamente las normas constitucionales a los actos administrativos y jurisdiccionales, vamos a tener que cambiar de estilo privilegiando la constitucionalidad e informarnos y formarnos en el Derecho Constitucional Jurisprudencial, pues en un sistema de justicia constitucional concentrado en la Corte Constitucional, será esta instancia la encargada de dar una interpre-

tación uniforme de la Constitución, lo cuál generará mayor seguridad jurídica y, poco a poco, iremos superando la inseguridad que causa la telaraña jurídica que ha sido fuente de corrupción. Más aplicación de la Constitución, menos leyes. Pero el efecto del Estado Constitucional y la expansión de la constitucionalidad nos llevará también a un mayor debate público y democrático y, por supuesto, al ejercicio de una nueva convivencia democrática.

IV. La nueva democracia social

En la nueva Constitución se perfila un modelo de democracia que supera la democracia representativa y se avanza a una democracia social y participativa, en la que se vigoriza y encarna el concepto de crear ciudadanía en el ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades, pero también se complementa al concepto del individuo ciudadano como sujeto de derecho, la noción de “personas, comunidades, pueblos y nacionalidades” dándoles, igualmente, la categoría de sujetos de derechos, lo cual implica conjugar armónicamente la dimensión individual y social del ser humano como fundamento de la convivencia social y política y generar una democracia que se asiente sobre el reconocimiento de sujetos sociales históricamente constituidos y no a los seres humanos en un aislamiento fantástico.

Esto implica haber considerado la estructuración de la democracia en un país geográfica, étnica, cultural, nacional y socialmente diverso y complejo y, desde esa consideración, hacer una propuesta inclusiva de todos los sujetos que interactúan en la realidad de nuestro país, superando las abstracciones interesadas en ver un país supuestamente homogéneo a partir del mestizaje, lo que ocultaba las odiosas exclusiones sociales sacralizadas por el concepto formal de “igualdad ante la ley”, sin haber creado nunca las condiciones reales para dicha equiparación.

La nueva democracia social se asienta no solo sobre la ampliación de los derechos en general, sino sobre todo un sistema de garantías para efectivizarlos, así como el establecimiento de diversos mecanismos de participación social y ciudadana en todos los niveles de decisión del Estado central y sus desmembramientos territoriales y en el ejercicio del control de las actividades del poder político por parte del poder ciudadano. Antes se proponía

“conscientemente” una separación entre la sociedad política y la sociedad civil, hoy la sociedad civil no deja que se enajene el Estado, lo cual se encarna y concentra, fundamentalmente, en la ingeniería con la que se construyó la función de transparencia y control social.

V. Desarrollo humano sustentable

El modelo de desarrollo, en la Constitución del 2008, se orienta por el objetivo del buen vivir o “sumak kawsay”, de tal manera que los subsistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, se integran en función de dicho objetivo y en el plano social se expresa en la efectivización de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, en el marco de la interculturalidad, el respeto a sus diversidades y la convivencia armónica con la naturaleza.

Por lo tanto, el desarrollo radica en un modelo que pretende superar objetivos meramente económicos por objetivos socialmente más inclusivos, integrales e integradores, como son mejorar la calidad y esperanza de vida, las capacidades y potencialidades de la población, la creación de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, la participación y el control social, la recuperación y conservación de la naturaleza y de un ambiente sano, garantizar la soberanía nacional, establecer un ordenamiento territorial equitativo y equilibrado; y proteger y promover la diversidad cultural.

Esta concepción del desarrollo coloca como núcleo la dignidad y el desarrollo integral de la personalidad humana pero no en un sentido abstracto, idealizado y desencarnado, sino la persona en su contexto real, material e histórico, esto es, en el seno de sus comunidades, pueblos y nacionalidades con toda sus realidades vitales, lo cual implica partir de las diversidades económicas, sociales, étnicas, culturales y nacionales y orientarse hacia la realización de un modelo enmarcado en la igualdad, libertad, interculturalidad, equidad de género, responsabilidad intergeneracional, cohesión e integración social y territorial que, a su vez, presupone la participación social en la gestión pública y el desarrollo de una economía con responsabilidad social y ambiental.

VI. Una dirección humanista de la producción: la economía social y solidaria

Uno de los aspectos fundamentales del régimen de desarrollo constituye el sistema económico que definido como social y solidario y, por tanto, alternativo al modelo neoliberal, comienza por señalar que el ser humano es su sujeto y fin, por lo que se establece la necesidad de armonizar la sociedad, el Estado, el mercado y la naturaleza, de tal manera que la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales de vida, posibiliten el buen vivir.

Es un modelo que busca la satisfacción de las necesidades humanas, utilizando el conocimiento, la ciencia y la tecnología, sin agotar la naturaleza, esto es con respeto a los límites biofísicos, frente a un capitalismo salvaje neoliberal que, motivado por el consumismo y por el demencial interés acumulativo y de lucro, agota la naturaleza y conduce a la humanidad al comienzo de su final, expresado en el calentamiento global y el cambio climático.

Es desde estas motivaciones superiores, de dimensiones planetarias, que puede entenderse el énfasis de la nueva Constitución por la protección de la naturaleza, llegando inclusive a imputársele derechos para poder llegar a su máxima protección en interés del conjunto del género humano, lo cual se complementa con las garantías a la biodiversidad, ambiente, recursos naturales y más disposiciones particulares sobre el agua, suelo, biosfera y energías alternativas.

El sistema plantea la integración de todas las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, esta última integrada por los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios, debiendo propenderse a incentivar la producción, la productividad y la competitividad, asegurar la soberanía alimentaria y energética, incorporar valor agregado con máxima eficiencia, impulsar el pleno empleo y el respeto a los derechos laborales, intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes, distribución equitativa y solidaria de los beneficios de la producción y consumo social y ambientalmente responsable.

Para la integración de las diversas formas de organización económica, se establece en la Constitución el sistema nacional descentralizado de planificación participativa para la formulación del Plan Nacional de Desarrollo al

que debe sujetarse la formulación y la ejecución del Presupuesto General del Estado, debiendo ajustarse a dichos instrumentos la planificación y los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y las demás entidades públicas.

En este contexto, la política económica se orienta a hacer efectivo el cumplimiento de los derechos constitucionales, los objetivos del régimen de desarrollo y del Plan Nacional de Desarrollo, a alcanzar la adecuada distribución del ingreso y la riqueza nacional y a mantener la estabilidad económica.

El carácter social y solidario de la economía se refuerza y se complementa con una nueva arquitectura financiera, que persigue, en términos generales, ligar al sistema financiero al fortalecimiento del aparato productivo y al tratamiento diferenciado y preferencial del Estado al sector financiero popular y solidario, compuesto por las cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro y crédito, llegando inclusive a establecer un control de sus actividades, diferenciado del resto del sistema financiero que se lo hace a través de la Superintendencia de Bancos, todo con la finalidad de disminuir los costos operativos del sector financiero popular y solidario, pues en el modelo neoliberal se llevaba a dicho sector a la quiebra para favorecer a los grupos monopólicos de la banca y demás instituciones financieras.

Para propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes, el Estado se reserva la regulación, control e intervención en las transacciones económicas para evitar la usura, el acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de bienes y servicios, así como la práctica de monopolio y oligopolio privados o de abuso de posición de dominio en el mercado, con lo cual se protege al consumidor, esto es a la inmensa mayoría de la población ecuatoriana.

VII. Concepción social y democrática de la soberanía alimentaria

Por primera vez en la historia republicana se constitucionalizan normas para garantizar la soberanía alimentaria, aspecto trascendental para el pueblo

ecuatoriano que mira a su propia supervivencia y que, por lo tanto, está directa e indisolublemente vinculado al derecho a la vida y a la salud.

La soberanía alimentaria está considerada como un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades el acceso, de manera regular, libre y permanente, sea directamente o por cualquier medio legítimo, a una alimentación sana, suficiente, de buena calidad, adecuada y que corresponda a la cultura de la población, que permita una vida física y psíquica, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.

Esta obligación del Estado implica el reconocimiento del derecho y la capacidad del pueblo ecuatoriano a decidir soberanamente lo que produce para satisfacer y abastecer las necesidades nacionales de alimentación y el deber del Estado de proteger la producción nacional de alimentos y a la población de prácticas y políticas internacionales que atenten a su soberanía y seguridad alimentaria.

Del texto constitucional se infiere que el Estado, dentro de las políticas de soberanía alimentaria, estará obligado a dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales, graves conflictos internos, enfrentamientos fronterizos y todo hecho o acto que ponga en riesgo el acceso a la alimentación; la prevención y protección a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre respecto de sus efectos en el organismo humano e impactos en la naturaleza en general; asegurar la disponibilidad de alimentos sanos, inocuos y de calidad, la distribución de ellos, para que lleguen al consumidor final, la estabilidad y flujo permanente de alimentos, su acceso físico, económico y cultural, y su consumo adecuado en calidad y cantidad por parte de la población.

Para asegurar la soberanía alimentaria, se plantea impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, la adopción de políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan el sector agroalimentario y pesquero nacional, la promoción de políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua, crédito y otros recursos productivos; la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad, de los saberes ancestrales, el uso, la conservación e intercambio libre de semillas; el fortalecimiento y desarro-

llo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como la comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios urbanos y rurales y, por lo tanto, sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos, impidiendo prácticas monopolistas y especulativas.

VIII. Rescate del patrimonio público y del sentido del Estado: la democratización de los factores de la producción

Para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo, la Constitución del 2008 se propuso, en su inicio mismo, esto es en su artículo uno, reivindicar los recursos naturales no renovables como pertenecientes al patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado y, en concordancia con dicha disposición, se reserva para el Estado el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, tales como la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro electromagnético y el agua.

Se complementa dicha reserva, al disponerse que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y otros que se determine en la ley y para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, el Estado constituirá empresas públicas, que funcionarán como sociedades de derecho público, con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales y cuyos excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, y los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

A lo anterior debe sumarse el contenido de aquellas disposiciones constitucionales, mediante las cuales se democratiza el acceso a la propiedad en general y particularmente el acceso a la tierra, al agua, a los sistemas de

riego, infraestructura y tecnología agrícola, crédito, asistencia y servicios estatales para mejorar la producción y la productividad, así como la garantía de la posesión de las tierras y territorios comunales y ancestrales de las comunidades, pueblos y nacionalidades, todo lo cual permite constatar que la Constitución, logra estructurar todo un modelo alternativo al neoliberalismo, pues podríamos decir que, en términos generales, se democratiza el acceso a la naturaleza, para el conjunto de los habitantes, rescatándola de la privatización, apropiación y mercantilización en función de una minoría.

IX. Superación del mercantilismo laboral: la dignificación del trabajo

Uno de los aspectos más importantes de la nueva Constitución es que confiere al trabajo una dimensión humana y de dignidad, rescatándole de la concepción mercantilizada neoliberal, en la que se considera al trabajo y al trabajador, como una pieza más del mecanismo de exacción y acumulación de la riqueza.

En efecto, la dignidad humana, se basa en el concepto de que el ser humano es un fin en sí mismo, esto es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, de tal manera que el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios, por lo que el trabajo no es más que la dignidad humana en acto, que le permite al ser humano el desarrollo integral de sus capacidades y potencialidades para alcanzar sus más grandes valores vitales.

Consecuentemente, en la nueva Constitución se dignifica el trabajo, al rodearle de una serie de garantías que habían sido, poco a poco, erosionadas por el neoliberalismo, comenzando por reconocer las diversas modalidades, incluidas las labores de autosustento y cuidado humano, la garantía a una remuneración justa, digna y que le permita el sustento de la familia, se incorporan todos los principios tutelares o protectores del trabajador, se prohíbe toda forma de precarización como la intermediación laboral y la tercerización de las actividades propias y habituales del empleador, la contratación por horas, se garantiza el trabajo de jóvenes y de personas con discapacidad, se protege a la mujer trabajadora, la organización de patronos y

trabajadores, la contratación colectiva y se garantiza el trabajo autónomo en los espacios públicos prohibiendo la confiscación de sus productos, materiales y herramientas de trabajo con sujeción a la ley, entre otros aspectos.

X. La integración de los sistemas institucionales para garantizar el buen vivir

Para garantizar el buen vivir, como objetivo del régimen de desarrollo, se establece en la Constitución el sistema nacional de inclusión y equidad social, que comprende los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, seguridad humana y transporte, aspectos que están articulados al Plan Nacional de Desarrollo y al Presupuesto General del Estado.

Se parte de la protección integral de los habitantes a lo largo de toda la vida, asegurando la vigencia y goce de los derechos reconocidos en la Constitución, dando prioridad a aquellos grupos humanos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición de edad, salud o de discapacidad, caso por ejemplo de la niñez y la adolescencia, para lo cual se ha establecido el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia.

XI. Educación para el desarrollo integral de la personalidad y de la comunidad

Uno de los elementos esenciales dentro del sistema nacional de inclusión y calidad, constituye la educación como garantía de igualdad e inclusión, cuyo sistema nacional tiene como objetivo el desarrollo de las capacidades y potencialidades de la población, para posibilitar el aprendizaje y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura, desde una visión intercultural y multiétnica acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país.

Si bien se reconoce que este servicio público puede prestarse a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares, se fortalece la educación pública de carácter universal, democrática, laica, obligatoria hasta el bachillerato y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive, garantizándose la libertad de enseñanza y cátedra y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural.

El sistema propuesto garantiza las modalidades formales y no formales de educación, la educación intercultural bilingüe, la educación permanente de adultos, alfabetización y post alfabetización, la educación especial, así como el financiamiento de la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria que cumplan con la gratuidad, igualdad de oportunidades, rendición de cuentas de resultados educativos y estén calificadas legalmente.

Para elevar la calidad de la educación se plantea ampliar la cobertura educativa, mejorar la infraestructura física y el equipamiento educativo, mejorar el nivel pedagógico y remunerativo de los docentes y la evaluación de su desempeño, la integración activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos, la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación y la creación de una institución pública con autonomía para la evaluación integral interna y externa.

Finalmente, el sistema propone el fortalecimiento de la educación en valores, centrándose en el ser humano, el respeto a los derechos humanos, a la naturaleza, el impulso a la equidad de género, la justicia, la solidaridad, la paz, la construcción de un país soberano, debiéndose impartir como ejes transversales educación en ciudadanía, sexualidad, ambiente y la incorporación progresiva en el pensum de estudios al menos de una lengua ancestral.

En cuanto al sistema de “educación superior”, integrado por las universidades y escuelas politécnicas, institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos y conservatorios de música y artes, se articula al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo para contribuir a dar soluciones a los problemas del país y relacionarse con los objetivos del régimen de desarrollo.

En la nueva Constitución, se establece con claridad que las instituciones de educación superior, sean públicas o particulares, no tendrán fines de lucro y se establece obligatoriamente la acreditación y la evaluación, a la vez que se sienta la reserva de ley para la creación de las universidades y escue-

las politécnicas siempre y cuando cumplan con los requisitos expresamente determinados, mientras que para el resto de instituciones del sistema se señala otra forma de creación, con requisitos igualmente claros y precisos, sucediendo igual cosa para la suspensión de dichas instituciones del sistema o para solicitar la derogatoria de la ley de creación, lo cual refuerza el sistema de control de la calidad de la educación superior.

La Constitución introduce el concepto de autonomía responsable de las universidades y escuelas politécnicas, de tal manera que el ejercicio de la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica no les exime de ser fiscalizadas, de la responsabilidad social, rendición de cuentas, gestión acorde con el régimen de desarrollo y su participación en la planificación nacional.

La garantía de la autonomía ejercida y comprendida de manera solidaria y responsable, se complementa con la de la inviolabilidad de sus recintos, la competencia y responsabilidad de las autoridades del mantenimiento del orden interno y la prohibición de privarlas de sus rentas o asignaciones presupuestarias o de clausurarlas o reorganizarlas.

Constituye también una novedad en la Constitución del 2008, el establecimiento de un sistema nacional de nivelación y admisión para regular el ingreso a las universidades que será determinado en la ley, la vinculación de la gratuidad de la educación superior pública a la responsabilidad académica de los estudiantes, la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso, permanencia movilidad y egreso independientemente del carácter público o particular del establecimiento y la prohibición de que en el organismo técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad del sistema de educación superior se conforme con representantes de las instituciones reguladas.

XII. Conocimiento y desarrollo

En la nueva Constitución se da debida importancia y atención a estos aspectos, estableciéndose el sistema nacional de cultura y el sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales.

La cultura, como patrimonio material y espiritual del pueblo, está considerada como factor fundamental de la identidad nacional, multiétnica, plurinacional y pluricultural, por lo que los bienes culturales patrimoniales

del Estado son considerados inalienables, inembargables e imprescriptibles, estableciéndose la prelación del Estado en la adquisición de dichos bienes y garantías para su protección.

Por primera vez se explicita, en forma taxativa, todos los elementos que forman parte del patrimonio cultural tangible e intangible y se determinan con precisión las responsabilidades del Estado frente a la cultura en cuanto a la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural.

En el ámbito de la cultura física se establecen garantías, por primera vez, para el desarrollo del deporte, educación física y la recreación, ligando dichas actividades al mantenimiento de la salud, la formación y desarrollo integral de las personas, a la vez que se delinea una política de impulso al acceso masivo de deporte tanto a nivel de actividades deportivas, a nivel formativo, como barrial y parroquial, comprometiendo el auspicio del Estado a los deportistas en competencias nacionales e internacionales, incluidos los juegos olímpicos y la participación de las personas con discapacidad en los eventos respectivos. A esto se suma la garantía a la autonomía de las organizaciones deportivas y de la administración de los escenarios deportivos y demás instalaciones destinadas a la práctica del deporte.

En el ámbito del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales y en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, se pretende generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos; recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales; y desarrollar tecnologías e innovaciones, la producción nacional, eleven la eficiencia y la productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.

Se pretende, por lo tanto, vincular la cultura, el conocimiento, la investigación, la ciencia, la tecnología y los saberes ancestrales a la producción de bienes y servicios y la realización plena de los derechos.

XIII. Concepción integral de la salud

El sistema nacional de salud tiene como objetivo el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e

integral y garantiza la promoción, prevención y atención integral, familiar y comunitaria de la salud con base en la atención primaria, la articulación de los diferentes niveles de atención y la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas.

La red pública integral de salud se conforma con los establecimientos estatales, la seguridad social y otros proveedores que pertenecen al Estado, en tanto que la atención de salud como servicio público será prestado por entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y las que ejercen las medicinas ancestrales y alternativas, bien entendido que los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención incluyendo los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

El modelo de salud prioriza los servicios públicos estatales de salud, rescata las medicinas ancestrales y alternativas, promueve la utilización de medicamentos genéricos de calidad y acordes con las necesidades epidemiológicas de la población, considera las adicciones como un problema de salud pública y se propone la prevención y control del consumo del tabaco, alcohol, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pone énfasis en los servicios de salud sexual y reproductiva, garantiza la salud integral y vida de las mujeres especialmente durante el embarazo, parto y postparto, obliga la atención de emergencias a los profesionales de salud y a los establecimientos públicos y privados.

XIV. Universalización de la seguridad social

En la nueva Constitución el sistema de seguridad social es público y universal, no puede privatizarse y la atención a las necesidades contingentes de la población, tales como enfermedad, maternidad, riesgos laborales, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad y muerte se hará a través del seguro universal obligatorio, que se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral, especificándose que las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado que constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos oportunamente.

Junto al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), que será responsable de las prestaciones del seguro universal obligatorio a sus afiliados, existirán sendos institutos para la policía nacional y las fuerzas armadas, en tanto que el seguro social campesino seguirá formando parte del IESS con un régimen especial del seguro universal obligatorio para proteger a la población rural y los pescadores artesanales.

En la nueva Constitución se blindan los fondos y reservas del seguro universal obligatorio, al prohibirse al Estado o a cualquier otra institución intervenir o disponer de sus fondos y reservas ni menoscabar su patrimonio, debiendo los fondos previsionales públicos y sus inversiones canalizarse a través de una institución financiera de propiedad del IESS, cuya gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente.

XV. Control ciudadano del Estado

El objetivo del buen vivir, expresado en el mejoramiento de la calidad de vida integral de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades no puede hacerse efectivo sin la participación y control social, para lo cual justamente se crea en la Constitución toda una función del Estado que tiene que ver con la transparencia y control social, con lo cual se hace realidad material lo que en el pasado se denominaba como participación ciudadana que era un concepto abstracto y sin posibilidades de realización material.

El buen vivir presupone, a su vez, la garantía de la soberanía nacional y el hermanamiento con la comunidad latinoamericana, para insertarnos con ventaja en el contexto internacional, aspecto que se garantiza en la nueva Constitución estableciendo, en primer lugar, la soberanía sobre los recursos naturales y claros principios de orientación en nuestras relaciones internacionales.

Finalmente, no puede haber un desarrollo integral de los pueblos, si no se tiene una organización equitativa del poder en el territorio y si no se acerca el poder a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, cuestión que se logra en la Constitución con un régimen de gobiernos autónomos y descentralizados, con regímenes especiales de la Amazonía y Galápagos y el

reconocimiento de gobiernos autónomos en los territorios indígenas o predominantemente indígenas.

Por lo tanto, el régimen de desarrollo centrado en el buen vivir, tiene condiciones y garantías en el tejido institucional del Estado para poder hacerse efectivo.

Funciones del Estado

Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social

Albert Noguera Fernández*

Sumario

I. Introducción. II. El nuevo proyecto constitucional de 2008 y la relación intrínseca entre el Estado y la noción de “participación”. III. Superación de la representación: los mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones. IV. Superación de la tripartición de poderes: Función de control y transparencia social y Función electoral. V. Conclusiones.

I. Introducción

El concepto de participación popular está, en su esencia, estrechamente relacionado con dos de los anhelos del ser humano: el reconocimiento de la identidad y el derecho del individuo o los colectivos (formalmente anónimos pero al fin y al cabo verdaderos y reales protagonistas de la historia) de poder intervenir e influir en la toma de decisiones que afectan a su vida coti-

* Doctor en Derecho por la Universidad de La Habana (Cuba) y la Universidad Jaume I de Castellón (España). Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). albertnoguera78@hotmail.com

diana. En el texto que presento a continuación, analizaré, señalando sus aspectos positivos y también sus aspectos no tan positivos, los principales mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y de control democrático del poder, que se establecen en el nuevo proyecto constitucional ecuatoriano de 2008.

II. La nueva Constitución del 2008 y la relación intrínseca entre el Estado y la noción de “participación”

Una primera consagración jurídica de los fundamentos de un modelo de democracia superador del modelo liberal burgués basado en la “representación” y la “tripartición de poderes”, tuvo lugar en Ecuador con la Constitución de 1998. Esta Constitución reconoció ya mecanismos no sólo de la “democracia representativa”, sino también muchos de los llamados mecanismos de la “democracia participativa”¹.

Diez años después, la nueva Constitución del 2008 supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país. A diferencia del anterior artículo 1 de la Constitución de 1998, que señalaba que *“la soberanía radica en el pueblo, (...) que la ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”*,

1 La Constitución ecuatoriana de 1998 reconocía ya la posibilidad de consulta popular en *“asuntos de trascendental importancia”* para el país que no sean la reforma constitucional, convocada por el Presidente o por ciudadanos que representen el 8% del padrón, la decisión que surja de la votación es obligatoria (Arts. 104 y 105). Se regula también la iniciativa de proyectos de ley por personas que representan la cuarta parte del 1% del padrón, (o a través de “movimientos sociales de carácter nacional”), y participar de los debates parlamentarios apoyando el proyecto por medio de delegados (Arts. 146 y 149). Asimismo, se prevé la revocatoria del mandato de alcaldes, prefectos y diputados de su elección *“por actos de corrupción o incumplimiento injustificado del plan de trabajo”*, convocándose a la ciudadanía si el pedido lo formula el 30% de los empadronados (Arts. 109 y 110). En cuanto a la superación de la tripartición de poderes, la Constitución de 1998 empezó a delimitar la reformulación de la división en tres poderes hacia los cinco poderes o funciones, aunque esta transición no queda todavía del todo clara pues si bien, se ubican todos los organismos de los 5 poderes dentro del Título de las instituciones del Estado, al Ejecutivo, Legislativo y Judicial las denomina funciones, mientras que a lo electoral o el control social no reciben todavía el nombre de “funciones” del Estado, sino de “organismos”.

el nuevo texto constitucional sustituye el concepto de “medios democráticos” por el de “formas de participación directa”. Esto, conjuntamente con el artículo 95 que afirma: *“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano”* y la multiplicación de los mecanismos y espacios populares de toma de decisiones, denota la voluntad del nuevo constituyente de dotar al sistema político ecuatoriano de una nueva naturaleza y colocar al Estado en una relación intrínseca con la noción de “participación”. Generalmente, la definición de un Estado como “participativo” ha implicado que la participación popular impregna todo el articulado constitucional, el cual debe interpretarse en armonía con este fin. Y de hecho, de conformidad con esto, en el caso del texto constitucional ecuatoriano de 2008, la naturaleza participativa del Estado se transversaliza, como veremos, a lo largo de todo el texto. Ejemplos claros de ello son el establecimiento de mecanismos de participación ciudadana en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos (Art. 85)²; en la selección del personal de la administración de justicia (Art. 170)³; en la creación de instancias de participación en todos los niveles de gobierno para la elaboración de planes y políticas, presupuestos participativos, etc. (Art. 100)⁴; la existencia en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados de

2 Art. 85: “(...) En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

3 Art. 170: “Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. (...)”.

4 Art. 100: “En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para: 1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía; 2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo; 3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos; 4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; y 5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación; Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares,

una “silla vacía” que ocupará un representante ciudadano en función de los temas a tratarse (Art. 101)⁵; la constitucionalización de la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos (Art. 347.11)⁶; la participación ciudadana y control social en el sistema nacional de salud (Art. 359)⁷; la creación de concejos ciudadanos con un papel activo en la planificación para el desarrollo a nivel nacional, regional, provincial y local, lo que supone la generación de estructura comunitaria para la implementación de los planes de desarrollo (Art. 279)⁸; la explícita referencia a promover medidas especiales destinadas a facilitar la participación política y social de grupos vulnerables (arts. 39⁹ o 50.4¹⁰); etc.

En resumen, quedando manifiesta con los ejemplos expresados la clara voluntad del constituyente de crear un nuevo modelo alternativo al democrático-liberal clásico de organización política del Estado, veamos a conti-

consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía”.

- 5 Art. 101: “Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará un representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones”.
- 6 Art. 347.11: “Será responsabilidad del Estado: (...) garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos”.
- 7 Art. 359: “El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social”.
- 8 Art. 279: “El sistema nacional descentralizado de planificación participativa organizará la planificación para el desarrollo. El sistema se conformará por un consejo nacional de planificación, que integrará a los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana, y tendrá una secretaría técnica, que lo coordinará. Este consejo tendrá por objetivo dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema y aprobar el Plan Nacional de Desarrollo, y será presidido por la Presidenta o Presidente de la República. Los consejos de planificación en los gobiernos autónomos descentralizados estarán presididos por sus máximos representantes e integrados de acuerdo con la ley. Los consejos ciudadanos serán instancias de deliberación y generación de lineamientos y consensos estratégicos de largo plazo, que orientarán el desarrollo nacional”.
- 9 Art. 39: “El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público”.
- 10 Art. 50.4: “El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: (...) la participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley”.

nuación los instrumentos que el nuevo proyecto constitucional establece para superar las dos figuras tradicionales del sistema político liberal: la “representación” y la “tripartición de poderes”.

III. Superación de la “representación”: los mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones

Conjuntamente con los mecanismos tradicionales de “democracia representativa” (Art. 61.1)¹¹, esto es el sufragio activo, regulado en los artículos del 62 al 65, y el sufragio pasivo, regulado en los Arts. 142 y 149, para el caso de los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, y Art. 119, para los candidatos a diputados; el nuevo texto constitucional incorpora también todo un conjunto de mecanismos participativos destinados a superar el modelo democrático liberal, basado únicamente en la representación, y establecer un modelo de ejercicio colectivo del poder.

La representación es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada *representante* asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad, de hecho el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general requieren *representante*, los menores de edad y los incapacitados¹². La organización de un sistema político alrededor de la figura de la representación, modelo defendido originariamente por Montesquieu, concebía pues, al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (supuestos representantes).¹³

11 El artículo 61.1 establece: “Todos los ecuatorianos y ecuatorianas gozan del derecho a elegir y ser elegidos”.

12 J.F. Bulté. “Democracia y República. Vacuidades y falsedades”. En Revista Temas. No. 36. Enero-Marzo. La Habana. 2004. p. 98.

13 En su obra el “Espíritu de las Leyes”, Montesquieu, enemigo acérrimo de la república romana, criticó en todo momento la soberanía popular y vio en el ascenso de la clase plebeya al poder en

La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, gran admirador de la República romana y de sus instituciones. Para Rousseau, inspirándose en Roma, la representación era la negación de la soberanía del pueblo que no puede ser delegada. En contraposición a la figura de la representación, Rousseau defiende la figura del *mandato*.¹⁴

En el mandato, figura también originaria del derecho privado, se produce un contrato consensual, por el que una persona llamada mandante, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada mandatario que haga en su nombre tal o cual gestión. No obstante, el mandante no

Roma, por medio de las magistraturas republicanas, hasta el Tribunal, la explicación del supuesto desorden anárquico que caracterizó, siempre según Montesquieu, a la República romana. En el mismo sentido que Montesquieu, Jean Bodin había señalado años antes: “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno? Pedir consejo al pueblo, como se hacía antiguamente en las repúblicas populares, significa tanto como pedir cordura al loco” (J. Bodin, citado por L.A. Demirdjian y S.T. González. “La República entre lo antiguo y lo moderno”. En “La Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx”. comp.: Atilio Borón. CLACSO, Buenos Aires, 2003. p. 342). Años más tarde, y siguiendo también esta concepción, James Madison, uno de los padres fundadores del nuevo país y presidente de Estados Unidos entre 1809 y 1817 escribió al finalizar la revolución norteamericana: “las democracias siempre han ofrecido el espectáculo de la turbulencia y de la discordia, se han mostrado siempre enemigas de cualquier forma de garantía en favor de las personas o de las cosas” (J. Madison. “El Federalista”, traducción italiana de B.M. Tedeschini Lalli. Pisa 1955. Citado por G. Lobrano. “Modelo romano y constitucionalismo modernos”. Universidad Externado de Colombia, 1990. p. 49), Howard Zinn en “La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy)”, dice sobre esto: “Alexander Hamilton, ayudante de campo de Washington durante la guerra, era uno de los más influyentes y astutos líderes de la nueva aristocracia. Expresó así su filosofía política: “Todas las comunidades se dividen entre los pocos y los muchos. Los primeros son los ricos y bien nacidos, los demás la masa del pueblo....La gente es alborotadora y cambiante; rara vez juzgan o determinan el bien. Hay que dar a la primera clase, pues, una participación importante y permanente en el gobierno....Sólo un cuerpo permanente puede controlar la imprudencia de la democracia”. (H. Zinn. “La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy)”. Siete Cuentos Editorial. New York 2001).

14 Rousseau, al hacer la crítica al modelo constitucional británico incorpora a la iuspublicística contemporánea la más consecuente crítica a la representación, devela su esencia antidemocrática y pone de relieve sus sillares teóricos, todos antipopulares. Rousseau ponía al pueblo inglés como ejemplo de la pérdida de la honra humana por medio de su absurdo gobierno, y decía que el inglés se cree libre, pero en realidad sólo lo es durante la elección de los miembros del parlamento, y después de ésta se convierte en esclavo.

enajena su personalidad, ni voluntad, sino que simplemente cede algo de autoridad para que, en su nombre, el mandatario haga determinadas diligencias y vigila constantemente el cumplimiento del mandato, reservándose el derecho de rescindir el mandato en cualquier momento¹⁵.

La Constitución ecuatoriana de 2008 recoge la posibilidad de los electores de revocar el mandato de los cargos públicos electos. El artículo 61.6 establece: *“los ecuatorianos y ecuatorianas gozan de los siguientes derechos: (...) revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular”*. A diferencia de la Constitución de 1998 que reconocía también la posibilidad de revocatoria de mandato, pero sólo para los cargos de alcaldes, prefectos y diputados (Arts. 109 a 113 Constitución de 1998), la Constitución ecuatoriana de 2008, en la línea inaugurada por la Constitución venezolana de 1999 (Art. 72) y seguida por el proyecto boliviano de 2007 (Art. 241.I), no establece con respecto a la posibilidad de revocación de mandato ninguna distinción de cargos electos, abarcándolos por tanto a todos, incluido el Presidente de la República (Art. 145.6)¹⁶.

Para el inicio de un proceso de revocatoria de mandato se exige el respaldo de un número no inferior al 10% de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso del Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al 15% de inscritos en el registro electoral (Art. 105).

El procedimiento para llevar a cabo el proceso de revocación de mandato se fija en los artículos 105 a 107. En ellos se exige que la solicitud de revocatoria se presente una vez cumplido el primer año y antes del último año del período por el que fue elegido la autoridad cuestionada, pudiéndose realizar sólo un proceso de revocatoria de mandato en cada período de gestión. Asimismo, el Consejo Nacional Electoral una vez acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referendo revocatorio que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días, siendo el pronunciamiento popular de obligatorio cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su

15 J.F. Bulté. Ob. Cit. p. 98.

16 El artículo 145.6 establece: “La Presidenta o Presidente de la República cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo (...) por revocatoria del mandato, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución”.

cargo y será reemplazada. Si las figuras revocadas son la del Presidente y Vicepresidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional asumirá temporalmente la Presidencia, y en el término de cuarenta y ocho horas, el Consejo Nacional Electoral convocará a elección para dichos cargos. Quienes resulten elegidos ejercerán sus funciones hasta completar el período (Art. 146).

Además de la sustitución de la figura de la “representación” por la del “mandato”, el nuevo texto constitucional ecuatoriano reconoce también otro conjunto de mecanismos de la llamada democracia participativa. Estos son:

La *iniciativa popular normativa*. Ésta abarca la facultad de los ciudadanos de promover la creación, la reforma o la derogación de normas jurídicas (Art. 103).

En cuanto a la creación de normas, los artículos 61.3, 103 y 134.5 reconocen legitimación activa para promover la elaboración y aprobación de una ley por la Asamblea Nacional a los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y cuenten con el respaldo de un número no inferior al 0,25% de las personas inscritas en el registro electoral, y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el 0,25% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, otorgándoles la posibilidad de participar, a través de representantes, en los debates que sobre el proyecto tengan lugar en la Asamblea Nacional. Sin embargo, y en esto no se ha sido capaz de superar la Constitución de 1998, se trata de una iniciativa legislativa popular limitada materialmente. A diferencia de la Constitución de Venezuela de 1999 (Arts. 204.7 y 205) y del proyecto boliviano de 2007 (Arts. 163.I.1 y 164.2), que no establecen ningún tipo de límite material en la posibilidad de los ciudadanos de promover la elaboración de leyes, el nuevo proyecto constitucional ecuatoriano de 2008, al igual que su precedente (Art. 147 Constitución 1998) y otras como la Constitución española de 1978 (Art. 87.3)¹⁷, excluye de la iniciativa ciu-

17 Art. 87.3 Constitución española de 1978: “Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de

dadana determinadas materias, considerando por tanto que hay cuestiones que no pueden ser planteadas directamente por el soberano, concretamente, en el caso del Ecuador, “*proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político-administrativa del país*” (Art. 135)¹⁸. Sí se establece pero, cosa que no pasa en España donde se fija un “trámite de toma en consideración” de la iniciativa por parte del legislativo que puede considerar no adecuada su tramitación, evitando así la discusión de los proyectos que no son del agrado de la mayoría legislativa (Art. 5 LORIP)¹⁹, la obligatoriedad de que la Asamblea Nacional trate los proyectos de ley presentados por los ciudadanos en el plazo máximo de 180 días, entrando directamente en vigor si no lo hace.

Con respecto a la legitimación activa para solicitar a la Asamblea Nacional la reforma o derogación de una normas jurídica, se exigirá también un respaldo de un número no inferior al 0,25% de las personas inscritas en el registro electoral. La propuesta deberá ser también obligatoriamente tratada por la Asamblea Nacional en el plazo de 180 días, entrando directamente en vigor si no lo hace.

La *consulta popular* y el *referéndum*. La consulta popular puede ser convocada por el Presidente de la República (Art. 147.14) “*sobre los asuntos que estime convenientes*”, por la máxima autoridad de los gobiernos descentralizados autónomos, con la decisión de las 3/4 partes de los integrantes del gobierno autonómico y “*sobre temas de interés para su jurisdicción*”, o por iniciativa

gracia”. Además, la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, sobre la Iniciativa Popular (LORIP), añade otras materias resultantes de la reserva constitucional a favor del Gobierno de la iniciativa legislativa: la iniciativa popular no podrá versar sobre proyectos de planificación económica (reservados al gobierno por el Art. 131 de la Constitución) ni sobre los presupuestos generales del Estado (encomendados a la iniciativa gubernamental por el Art. 134.1 de la Constitución).

18 Este artículo 135 es una copia literal del artículo 147 de la Constitución de 1998.

19 En España la iniciativa legislativa popular puede ser no aceptada por la cámara legislativa si se encuentra en tramitación un proyecto o una proposición de ley sobre el mismo objeto, si es reproducción de otra iniciativa popular de contenido análogo presentada durante la misma legislatura, si el texto de la proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí, o si existe previamente una proposición no de ley aprobada por una cámara que verse sobre la misma materia (Art. 5 LORIP).

ciudadana “*sobre cualquier asunto*”²⁰ (Art. 104). Este artículo fija como límite, la prohibición de los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía de solicitar la convocatoria de consultas populares referidas a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país.

En materia de organización territorial del Estado, en el caso de que diferentes gobiernos provinciales quieran conformar una región autónoma, deberán elaborar un proyecto de ley de regionalización que propondrá la conformación territorial de la nueva región, así como un proyecto de estatuto de autonomía regional. Una vez aprobado por la Asamblea Nacional este proyecto de ley orgánica se convocará a consulta popular en las provincias que formarían la región, para que se pronuncien sobre el estatuto regional²¹ (Art. 245). Asimismo, las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán convocar a consulta popular para adoptar, bajo la forma de circunscripción territorial indígena o afroecuatoriana, un régimen de administración especial (Art. 257).

En todos los casos señalados, para proceder a la convocatoria de la consulta se requerirá de control constitucional previo de la misma por parte de la Corte Constitucional (Art. 438.2).

En cuanto al referéndum, el artículo 420 dice que por solicitud ciudadana o del Presidente de la República, se podrá exigir la realización de un referéndum para la ratificación de un tratado internacional. Y, los artículos 441 y 442 al hacer referencia al procedimiento de reforma constitucional también hablan, como trataré más adelante, de referéndum. Sin embargo, a diferencia de Constituciones como, por ejemplo, la cubana, el proyecto constitucional boliviano o la propia Constitución española donde la dife-

20 En último caso, cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio deberá contar con el respaldo de un número no inferior al 5% de personas inscritas en el registro electoral, cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al 10% del padrón correspondiente. Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al 5% de las personas inscritas en el registro de la circunscripción especial (Art. 104).

21 Si la consulta fuera aprobada por la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos en cada provincia, entrará en vigencia la ley y su estatuto, y se convocará a elecciones regionales en los siguientes cuarenta y cinco días para nombrar a las autoridades y representantes correspondientes (Art. 245).

rencia entre la figura de la “consulta popular” y el “referéndum” esta definida y clara²², en la Constitución ecuatoriana existe una cierta confusión

22 La Constitución cubana de 1976, reformada en 1992 y 2002, habla de “referéndum” en su artículo 75.u (desarrollado en el título IX, Arts. 162 a 170, de la Ley Electoral No. 72/92) para referirse a un proceso de toma de una decisión directa en las urnas, a favor o en contra de algo, por parte de la ciudadanía. Mientras que en su artículo 75.b de “consulta popular” para referirse a la puesta en discusión e intercambio de opiniones entorno a una ley antes de que la Asamblea Nacional la apruebe, modifique o derogue, así por ejemplo, el propio anteproyecto de Constitución del 76 fue discutido por 6.200.000 personas, agrupadas en las organizaciones políticas y de masas, así como los combatientes en las unidades militares y los colectivos de las misiones en el exterior. Más de 16.000 personas propusieron modificaciones y adiciones, respaldadas por 600.000 participantes en asambleas, con respecto al preámbulo y a 60 de los 141 artículos del anteproyecto. Con posterioridad, diferentes proyectos de Ley han sido también discutidos masivamente: la Ley No. 16 del Código de la Niñez y la Juventud, de 28 de junio de 1978; la Ley No. 12 del Código Penal, de 15 de febrero de 1979; la Ley No. 49 del Código de Trabajo, de 28 de diciembre de 1984; o, la Ley No. 36 de Cooperativas de Producción Agropecuarias, de 22 de julio de 1982, y la Ley No. 48 General de Viviendas, de 27 de diciembre de 1984 -estas dos últimas en sectores específicos y competentes para su contenido-. Los llamados “Parlamentos Obreros” -debates efectuados por la Confederación de Trabajadores de Cuba (CTC) en los centros de trabajo- se reunieron en 1993 para discutir las medidas para enfrentar el Período Especial y en 1996 el alcance de la Ley No. 73 del Sistema Tributario de 1994. Las “Asambleas Campesinas” fueron consultadas en el año 2001 sobre el proyecto de Ley de Cooperativas (Ver: A. Noguera. “La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento”. En Foro Internacional. Centro de Estudios Internacionales. 185:XLV1-3. México. 2006. pp. 493-512).

En el mismo sentido, el proyecto constitucional boliviano de 2007 habla de “referéndum” para referirse al proceso de dirimir una cuestión determinada en las urnas por parte de los ciudadanos, mientras que habla de “consulta” para referirse a la discusión e intercambio de opiniones con la ciudadanía de forma previa a la toma de una decisión por parte de las instituciones, así por ejemplo el Art. 316.I, dice: “La función del Estado en la economía consiste en: Conducir el proceso de planificación económica y social, con participación y consulta Ciudadana”, o el Art. 30.II.15, señala: “Los pueblos y naciones indígenas originarios campesinos tienen derecho a: (...)A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.

En la Constitución española de 1978 también se deja clara esta distinción, el referéndum es el proceso electoral de decisión ciudadana sobre un tema a través de las urnas y la consulta el proceso previo de intercambio de opiniones con los afectados antes de que la administración tome una decisión. Puede ser como señala el artículo 149.1.32 de la Constitución que la consulta popular previa se haga por medio de recurrir a las urnas, esto es por medio de referéndum: “El Estado tiene

entre ambas figuras, no estando claro de porqué en determinados artículos se usa la expresión “consulta popular” y en otros la de “referéndum” pues ambas figuras tienen en el texto idénticas características: pueden ser convocadas por los mismos sujetos (Presidente de la República, gobiernos descentralizados autónomos y ciudadanía); rigen, para su convocatoria, los mismos plazos y exigen la misma mayoría para que el asunto que proponen sea aprobado; y, su resultado es obligatorio y de inmediato cumplimiento (Art. 106)²³. Entonces, ¿dónde está la diferencia entre ambas figuras y porque en unos lugares se habla de consulta popular y en otros de referéndum?

Pe ro, al margen de esta cuestión, en lo referente al uso del referendo para la ratificación de tratados internacionales, la nueva Constitución ecuatoriana queda lastimosamente lejos de los logros democráticos alcanzados por el proyecto de Constitución boliviana de 2007 que exige, en su artículo 258.II, la celebración obligatoria de referendo para la ratificación de aquellos tratados que hacen referencia a determinadas materias²⁴, así como cualquier otro cuando así lo solicite el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral

competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum”, por tanto se tiene claro que las decisiones de los ciudadanos sobre un tema concreto por vía de las urnas es un referéndum, la consulta hace referencia a otros procedimientos como encuestas, audiencias públicas, foros de participación, etc., el artículo 122 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, dice: *“Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento y la convocatoria por la misma Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, salvo el que dispone el artículo 149.1.32 de la Constitución”*.

23 Art. 106: “El Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días.

Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución”.

24 Concretamente: integración monetaria, alteración de límites territoriales, integración económica estructural y cesión de competencias constitucionales a organismos internacionales o supranacionales.

o el 35% de los diputados (Art. 260). La Constitución ecuatoriana prevé, en materia de ratificación de tratados internacionales, el uso del referendo como un mecanismo subsidiario, no obligatorio en ningún caso constitucionalmente preestablecido, sino cuando así lo decida arbitrariamente el Presidente de la República o lo soliciten expresamente los ciudadanos (Art. 420)²⁵.

En Ecuador, la ratificación de los tratados sobre aquellas materias que en el proyecto boliviano exigen de referendo, más algunas otras²⁶, exigirán sólo la ratificación del legislativo (Art. 419). En el resto de tratados sobre otras materias, el nuevo proyecto otorga al Presidente de la República la potestad exclusiva de ratificar los tratados internacionales debiendo sólo informar de ello al legislativo (Art. 418).

Si bien sí es cierto que el conjunto de materias que en la nueva Constitución ecuatoriana exigen de ratificación del legislativo es lo suficientemente amplio para que pueda haber un real control democrático sobre la política exterior del Ejecutivo, en tanto que los tratados internacionales no sólo implican derechos y obligaciones para el Estado sino también derechos y obligaciones para los ciudadanos, por lo tanto, comprometen al país en su máximo nivel, también es cierto que hubiera sido mucho mejor que este control, en aquellas materias de especial trascendencia, se tuviera que ejercer de manera obligatoria directamente por la ciudadanía mediante referéndum y no por el legislativo, como así establece el proyecto boliviano, y esto más allá de establecer la cláusula abierta que confiere la posibilidad de que el Presidente o los ciudadanos puedan solicitar la ratificación popular de un tratado en otras materias o, incluso los ciudadanos puedan solicitar al Ejecutivo que inicie las negociaciones para la adhesión al Tratado, como sí establece la nueva Constitución ecuatoriana.

Las *audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos y observatorios*. El artículo 100 establece la posibilidad de

25 En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó (Art. 420).

26 Estas son: establecimiento de alianzas políticas y militares, cuando impliquen expedir, modificar o derogar una ley, los referidos a derechos y garantías constitucionales y a la política económica del Estado y cuando comprometan el patrimonio natural, en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

que para garantizar la participación ciudadana en la elaboración de planes y políticas nacionales, locales y sectoriales, para definir agendas de desarrollo y elaborar presupuestos participativos en los distintos niveles de gobierno, así como para crear mecanismos de rendición de cuentas y control social, la ciudadanía pueda organizar audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios, así como otras instancias.

La *iniciativa popular de reforma constitucional y constituyente*. La nueva Constitución establece dos modalidades de reforma parcial de la Constitución. Una modalidad (Art. 442) que se refiere a la “*reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución*”, reforma que puede ser promovida por el Presidente de la República, la Asamblea Nacional o los ciudadanos, siempre que cuenten con un respaldo de al menos el 1% de los inscritos en el censo electoral, y que una vez haya sido tramitada y aprobada en la Asamblea Nacional debe ser ratificada popularmente mediante referéndum. Este es un procedimiento que está en concordancia con la línea establecida por las últimas Constituciones latinoamericanas, tanto por el elemento democrático plasmado en la obligación de ratificación popular de cualquier reforma del texto constitucional²⁷ cosa que las diferencia de las Constituciones europeas donde las reformas constitucionales se hacen por el parlamento y de espaldas a la ciudadanía²⁸;

27 El proyecto constitucional boliviano de 2007, en su artículo 411, dice: “(...) la reforma parcial podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el 20% del electorado, o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”. En la misma dirección va la Constitución venezolana de 1999 (Art. 242-346).

28 En muchas Constituciones europeas, amparándose en los mitos de la “representación=democracia” y “legalidad=legitimidad”, la competencia para modificar la Constitución recae en el parlamento sin intervención del pueblo. Son ejemplos de ello: la Constitución portuguesa de 1976 que establece que la reforma constitucional debe ser aprobada por los dos tercios de los diputados en el cargo, no antes de que hayan transcurrido cinco años de la reforma precedente. Si no han transcurrido cinco años se necesita una mayoría de cuatro quintos (Arts. 284 y 286); o la Ley Fundamental Alemana que puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de con dos terceras partes de los miembros del Bundestag y con dos tercios de los votos del Bundesrat

como por la garantía de prohibición de regresividad de derechos y garantías²⁹.

No obstante, el texto establece también otra modalidad (Art. 441), referida a *“la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución”*. En este último caso, la reforma se podrá realizar: mediante referéndum solicitado por la Presidente de la República o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el 8% de las personas inscritas en el padrón; o bien, por decisión y aprobación de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional, sin necesidad de referéndum ratificatorio.

La introducción de esta segunda opción plantea diversos problemas desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática y de las garantías de respeto de la voluntad del constituyente.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, la actuación del parlamento debe estar siempre limitada por el principio de la soberanía popular. La soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante, por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado directamente la soberanía popular, como es el caso de una aprobación de la Constitución por vía de referéndum, los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular. Esto hace que cualquier posibilidad de reforma de la Constitución, expresión directa de la voluntad popular, por parte del parlamento sin preguntarle a la ciudadanía sea inaceptable.

(Art. 69). En otros casos, como la Constitución española de 1978, con excepción de los casos de reforma total y de reforma de ciertas partes delicadas (entre ellas la relativa a los derechos de libertad) donde el procedimiento a seguir es más complejo, en el resto de casos, los proyectos de reforma son adoptados por las dos cámaras por una mayoría de tres quintos, y posteriormente sólo serán puestos a ratificación popular siempre que un décimo de los miembros de una de las dos cámaras así lo requiera, pero si estos no lo requieren, no (Art. 167).

29 Tanto la Constitución venezolana de 1999 como el proyecto boliviano de 2007, reconocen en sus artículos 19 y 13.1 respectivamente, el principio de progresividad de los derechos, del cual se deriva la prohibición de regresividad de los mismos. Además, estas Constituciones otorgan rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (Art. 23 Constitución venezolana y Art. 257.I del proyecto boliviano), entre los que se encuentran algunos como el Protocolo de San Salvador que en su artículo 4 prohíbe la regresividad en materia de derechos.

Y, desde el punto de vista de las garantías de respeto de la voluntad constituyente, la posibilidad de reforma constitucional unilateral por el parlamento, unido a que el artículo 443 dice que será la Corte Constitucional la que decidirá cual de las dos modalidades de reforma parcial de la Constitución opera en cada caso (esta interpreta cuando la reforma afecta o no a la estructura fundamental, al carácter y elementos constitutivos del Estado o a la restricción de derechos y garantías, y por tanto cuando puede activarse o no la segunda modalidad de reforma parcial aquí presentada), hace que en un posible futuro contexto de composición no progresista de los magistrados de la Corte Constitucional ni de la Asamblea Nacional, esta última, con la connivencia de la Corte, pueda vaciar de contenido todo el texto constitucional. Un ejemplo claro de ello en los últimos años ha sido Brasil. La Constitución salida de la Asamblea Constituyente brasileña de 1988 era un texto de los más progresistas de su época, especialmente en materia de derechos sociales, sin embargo, aunque el artículo 5.XXXVI reconocía: *“La ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada”*, el Tribunal Supremo Federal, de composición conservadora, interpretó durante el período de reforma neoliberal del país, que el término “ley” no abarcaba al procedimiento legislativo de aprobación de enmiendas constitucionales por el Congreso sino sólo a los procesos legislativos infraconstitucionales, lo que permitió a este aprobar por dos tercios de sus miembros, y sin necesidad de preguntarle a la ciudadanía, todo un conjunto de enmiendas constitucionales que vaciaron de contenido los derechos sociales originariamente reconocidos³⁰.

30 En marzo de 1994, tuvieron lugar las segundas elecciones presidenciales desde el retorno de la democracia en Brasil, imponiéndose el candidato del Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB), Fernando Henrique Cardoso, frente a su oponente Luís Inácio Lula da Silva, del Partido de los Trabajadores (PT). Durante su mandato, Cardoso, que en 1997 presentó un proyecto de Enmienda Constitucional, aprobada por las dos cámaras (EC No. 16 de 4 de junio de 1997), para permitir su reelección como Presidente, llevó a cabo una transformación económica neoliberal del país sustentada sobre tres pilares estructurales complementarios. Dos los llevó a cabo a través de enmiendas constitucionales, y la tercera a través de legislación infraconstitucional.

La primera transformación sustantiva de orden económico fue la “extinción de determinadas restricciones al capital extranjero”. La Enmienda Constitucional No. 6, de 15 de agosto de 1995, suprimió el artículo 171 de la Constitución, que protegía la empresa nacional frente a la extranjera. Asimismo, la misma enmienda modificó la redacción del artículo 176 para permitir que la

En consecuencia, hubiera sido mucho mejor establecer una sola opción de reforma parcial de la Constitución, manteniéndose la prohibición de regresividad de derechos, con posibilidad de promoverla por el Presidente

explotación y aprovechamiento de los recursos minerales y del potencial de energía eléctrica, pudieran ser concedidos a empresas constituidas en virtud de las leyes brasileñas pero eximidas de la obligación de estar bajo control de capital estatal.

La segunda línea de reformas a nivel económico fue la llamada “flexibilización de los monopolios estatales”. La Enmienda Constitucional, No.5 de 15 de agosto de 1995 alteró la redacción del artículo 25.2, abriendo a los Estados federados la posibilidad de conceder a empresas privadas la explotación de los servicios públicos locales de distribución de gas canalizado, que anteriormente solo podían ser delegados a empresas bajo el control accionario del Estado. Lo mismo paso en relación con los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en los que la Enmienda Constitucional No. 8, también de 15 de agosto de 1995, modificó el texto de los incisos XI y XII del artículo 21, que sólo admitían concesión a empresa estatal. En el área del petróleo, la Enmienda Constitucional No. 9 rompió también el monopolio estatal permitiendo al Estado contratar con empresas privadas, lo que estaba prohibido por el Art. 177.1.

Y, la tercera transformación económica de relevo, llamada “proceso de privatización”, se llevó a cabo sin modificación constitucional, sino a través principalmente de las Leyes 8.031 de 12 de abril de 1990, que instituyó el “Programa Nacional de desestatalización”, después sustituida por la Ley 9.491 de 9 de octubre de 1997. Este programa supuso la venta al sector privado de entidades estatales, tanto las que realizaban actividades económicas como las que prestaban servicios públicos, así como la concesión administrativa de servicios públicos a empresas privadas. En el plano federal fueron privatizadas empresas del sector petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, de fertilizantes, de telecomunicaciones, etc.

Evidentemente, estos pilares o medidas de transformación económica estructural del país fueron acompañadas de otras reformas constitucionales tendentes de vaciar de contenido los derechos sociales reconocidos por la Constitución de 1988. En el “Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento por parte de Brasil del PIDESC”, realizado en el año 2000 por la Comisión de derechos humanos de la Cámara de diputados de este país, se pone de manifiesto como durante la década de los 90 se llevó a cabo, por vía de enmiendas constitucionales aprobadas mediante el procedimiento legislativo establecido en el artículo 60, un proceso regresivo o de (des)constitucionalización de gran parte del contenido de los derechos sociales. Para poner sólo un ejemplo de las decenas que hay, la Enmienda Constitucional No. 20 de 15 de diciembre de 1998, reformó la seguridad social suponiendo la implementación de la estrategia mercantilista el gobierno en el área de la seguridad social, así como la supresión del carácter universal y humanitario de la seguridad social, dificultando la concesión de beneficios o eliminando su función social. Algunas de las medidas que esta enmienda constitucional implementó fueron: restricciones al gozo de beneficios asistenciales a discapacitados físicos y personas mayores necesitadas, mediante la fijación de criterios rigurosos para la concesión de beneficios; anulación de beneficios bajo alegación de fraude; imposición de obligaciones tales como la realización de estudios periciales, realizados exclusivamente por el INSS, obligando a personas discapacitadas a desplazamientos en condiciones precarias a otras localidades

de la República, los ciudadanos y la Asamblea Nacional, tramitada y aprobada por la Asamblea y ratificada mediante referéndum.

Con respecto a la iniciativa constituyente, cualquier nueva Asamblea Constituyente deberá ser activada a través de consulta popular, que podrá ser promovida por el Presidente de la República, dos terceras partes de la Asamblea Nacional o por el 12% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral. La nueva Constitución para su entrada en vigencia deberá ser aprobada mediante referéndum popular (Art. 444).

IV. Superación de la tripartición de poderes: Función de transparencia y control social y Función electoral

Como corolario natural a la figura de la “representación” está la “tripartición de poderes”. Para evitar los posibles abusos de poder de los representantes, lo que hay que hacer, decía Montesquieu, era dividir el poder en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) con capacidad cada uno de ellos de limitar el poder del otro. La tripartición de poderes (cuyo origen está en la división de poderes en Inglaterra entre monarquía, nobleza y comunes o burguesía), es un sistema de autocontrol del poder, ejercida de manera separada del pueblo, mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado³¹. Para Rousseau, la tripartición de poderes era también

donde poder hacerse estos estudios periciales; etc (Ver: L.R. Barroso. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para voce também?)”. En VV.AA. “O direito público en tempos de crise”. Livreria do adrogado. Porto Alegre. 1999. pp. 199-203; D. Sarmiento. “Livres e iguais: Estudos de direito constitucional”. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 24-30; y, Cámara dos deputados. Comissão de Direitos Humanos. “O Brasil e o pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais”. Informe de la Sociedad Civil sobre el cumplimiento por Brasil del PIDESC”. Brasilia. 2000).

31 Hans Kelsen, gran crítico de la tripartición de poderes, sentenció: “Pero desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica. (...) Es una exigencia democrática evidente que al pueblo debe corresponder no sólo la legislación, sino también una ejecución lo más directa posible. Así, pues, la separación de poderes es contraria al principio democrático, que trata de unir las todas en el pueblo” (H. Kelsen.

un absurdo nacido de la estamentación feudal que no tenía razón de ser en la modernidad, pues es absurdo que el control de los representantes lo ejerzan ellos mismos y no los propios representados directamente.

En consecuencia, la única manera de establecer una Constitución democrática que organice un gobierno que jamás pueda superar la voluntad del soberano popular, es mediante la creación en ella de un tipo de poder popular autónomo no vinculado a los límites de la estructura de la tripartición de poderes, con capacidad de ejercer control democrático y “poder negativo”³² sobre los gobernantes. Esto permite romper el esquema que entiende la soberanía fundada sobre la representación política, e incorporar el equilibrio (bipartición) entre soberano popular (ciudadanos) y poder del gobierno.

La nueva Constitución ecuatoriana rompe la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes y crea una estructura de cinco poderes. Además de los tres tradicionales crea (en el Capítulo quinto del Título IV “Participación y organización del poder”) este poder popular autónomo de ejercicio de control democrático y poder negativo al que denomina Poder o “Función de transparencia y control social” y además, el Poder o “Función Electoral”, ubicado en el Capítulo sexto del mismo Título.

Los antecedentes, en el continente americano, de esta estructura del Estado rupturista con la tripartición de poderes los encontramos ya en el

“Teoría General del Estado”. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934. pp. 402 y 457).

32 Cuando hablo de “poder negativo” me refiero a una forma diversa de ejercicio (directo o indirecto) de la soberanía por parte del pueblo: poder de impedir, del todo o en parte, la creación y la aplicación del derecho; poder que puede llegar a “negar” el ordenamiento jurídico (salvados sus principios fundamentales) e impedir su dominio y aplicación. Se podría hablar de “revolución constitucionalizada”. Las formas directas del poder negativo serían el derecho de resistencia y la huelga política, por citar dos. Las formas indirectas están relacionadas con las facultades de oposición y veto de instituciones defensoras de la soberanía popular que tuvieran su origen histórico en el Tribunado de la Plebe de la República Romana, y que en la actualidad pueden y deben tener otras formas contemporáneas de expresión, entre ellas las del “Poder Ciudadano” o en el caso ecuatoriano “Función o Poder de control y transparencia social” (Ver: P. Catalano. “Un concepto olvidado “Poder Negativo”. En “Costituzionalismo Latino I”. Istituto Universitario di Studi Europei-Torino, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, 1991. p. 53).

constitucionalismo bolivariano y, más recientemente, en la Constitución venezolana de 1999.

Como clave de la comprensión del ideario constitucional de Bolívar está la Proyecto de Constitución de Bolivia de 1826, que en su Art. 8 declaraba: “*El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial*”. El Art. 19 a su vez significó “*El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector*” (Aunque Bolívar hubiera preferido por cada diez, un elector, como lo prevenía en su proyecto). El Art. 26 declaraba: “*El Poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo; su ejercicio reside en tres Cámaras: Tribunales, Senadores y Censores*”. Se puede apreciar fácilmente que la concepción del poder popular está presente en el llamado poder electoral, y que la utilización de los términos Tribunales, Senadores y Censores, no es una simple copia de las instituciones romanas, sin más lógica, sino una manera de lograr, con sus atribuciones propias, el juego de los límites de los poderes de cada cual. Más recientemente, es la Constitución de Bolivariana de Venezuela de 1999 la que en su artículo 136, establece: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo Judicial, Ciudadano y Electoral*”. En este caso, la concepción del poder popular está presente mediante el “poder ciudadano” (Capítulo IV) y el “poder electoral” (Capítulo V). El órgano de expresión del poder ciudadano es el “Consejo Moral Republicano”, integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

La Función de Transparencia y Control Social

La idea del Poder popular como control democrático y poder negativo del pueblo sobre los gobernantes está presente en la nueva Constitución ecuatoriana mediante la llamada “Función de Transparencia y Control Social”. Esta función se conforma como una función independiente y autónoma a nivel funcional, administrativo y financiero, respecto de los poderes del Estado, que integra y desarrolla su actividad sobre la base del principio de

control por parte del pueblo sobre la actividad de los órganos estatales, los cargos públicos electos y los funcionarios (Art. 204)³³.

El órgano principal de la Función de Transparencia y Control Social es el “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”, instancia conformada por siete consejeros principales y siete suplentes, elegidos de entre los postulantes propuestos por las organizaciones sociales y la ciudadanía según concurso público de oposición y méritos, con veeduría y derecho de impugnación ciudadana, organizado por el Consejo Nacional Electoral (Art. 207). Sus principales funciones son: la lucha contra la corrupción; establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social; investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción; emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan; actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones; solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos; organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales; etc. (Art. 208).

Además, también corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designar a aquellas autoridades encargadas de la defensa de los derechos de la ciudadanía y a ejercer control sobre los órganos estatales, cargos públicos y funcionarios, esto es: la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias (designados de entre ternas presentadas por el Presidente de la República), de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría

33 Art. 204: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. (...)”.

General del Estado, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura (estos últimos, designados “luego de agotar el proceso de selección correspondiente”) (Art. 208).

La designación de estas autoridades por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social supone también una novedad de relevante importancia. En los sistemas de tripartición de poderes, las instituciones de defensa de los derechos de la ciudadanía y de control son nombradas por los propios poderes a quienes tienen que controlar, en España por ejemplo, el Defensor del Pueblo lo nombra el Parlamento, donde tiene mayoría el partido de gobierno y normalmente de entre un mismo miembro de su partido (Art. 54 Constitución española 1978), o el Fiscal General cuya función es promover la acción de justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés colectivo, lo nombra y remueve el Ejecutivo (Art. 124.4 Constitución española 1978). Esto hace que tales instituciones no representen al pueblo a pesar de que tienen las características propias de un representante. Estas no son más que parte del funcionariado, altos funcionarios, pero al fin y al cabo, funcionarios y nada más, maniatados en la telaraña de la partidocracia y la tripartición de poderes, con lo cual no cumplen adecuadamente su función. En consecuencia, parece racional que si se quiere que tales instituciones actúen realmente como defensores de la ciudadanía, y no como abstracto mecanismo de la tecnocracia y la partidocracia, deben vincularse y ser nombradas por la propia ciudadanía.

De acuerdo con esta lógica, la nueva Constitución ecuatoriana establece que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organizará para la designación de estos cargos “comisiones ciudadanas de selección”³⁴ encargadas de llevar a cabo concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana.

En el caso del Consejo de la Judicatura, que constituye el órgano de gobierno de la Función judicial, en la mayoría de países donde existe este tipo de órgano, sus miembros son elegidos o bien por los jueces o bien por

34 Las “Comisiones Ciudadanas de Selección” estarán integradas por una delegada o delegado por cada Función del Estado e igual número de representantes por las organizaciones sociales y la ciudadanía, escogidos en sorteo público de entre quienes se postulen y cumplan con los requisitos que determinen el Consejo y la ley (Art. 209).

una combinación de elección por los jueces y por los órganos de las otras funciones del Estado (básicamente el Legislativo y el Ejecutivo). Este mecanismo de selección tiene una doble problemática: 1. Por un lado, la elección solo por los jueces que componen la administración de justicia puede conducir a dar un sesgo ideológico determinado al órgano del poder si la inmensa mayoría de jueces pertenecen a las mismas clases sociales y a la misma corriente ideológica. Se facilita pues la des-democratización de la dirección de la función judicial; y, 2. La elección por un procedimiento mixto añade al mal descrito anteriormente, la dependencia de los partidos políticos de los miembros del Consejo que son designados por los órganos de otras funciones del Estado; Frente a estos mecanismos de elección, y con el fin de democratizar la función judicial, el nuevo proyecto constitucional articula una nueva forma de elección de los miembros del órgano de gobierno de la función judicial por parte de la ciudadanía mediante las citadas “comisiones ciudadanas de selección”.

Sólo para el caso del Procurador General del Estado y de los superintendentes, el Consejo los designará a partir de las ternas presentadas por el Presidente de la República. En estos dos casos parece normal que las ternas provengan del Ejecutivo, en tanto estas instancias no actúan como estrictos representantes de la ciudadanía, las superintendencias dependen directamente de los ministerios y el Procurador es el abogado del Estado cuya representación la detenta el Ejecutivo, por tanto el Procurador es quien coordina los intereses jurídicos y políticos del Ejecutivo.

La Función Electoral

Para garantizar el adecuado funcionamiento de los mecanismos de participación democrática del pueblo, la nueva Constitución genera una función del Estado, independiente de los partidos políticos y de las otras funciones del Estado (la Función Electoral), que garantiza la imparcialidad en los procesos electorales tanto de los órganos del Estado (Art. 219.1)³⁵ como de los

35 Art. 219.1: “El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones”.

procesos internos en instituciones semi-públicas o con incidencia en la actividad pública como colegios profesionales, organizaciones empresariales, sindicatos, organizaciones sociales con incidencia en el funcionamiento del Estado, partidos políticos, etc... (Art. 219.4)³⁶.

De acuerdo con el artículo 217, la Función electoral está compuesta por dos órganos: el Consejo Nacional Electoral, encargado de organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales, así como de realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones (Art. 219); y, el Tribunal Contencioso Electoral, encargado de conocer y resolver los recursos electorales (Art. 221).

Mucho se puede discutir aquí sobre si realmente tiene sentido crear un Tribunal Contencioso Electoral al margen de los tribunales que componen la Función Judicial, para resolver los recursos y apelaciones que se presentan en contra de los resultados electorales en época de elecciones. La presentación de recursos y apelaciones electorales, tiene lugar solamente el día de las elecciones o días después. Además, el Tribunal debe resolver lo más rápidamente posible estos recursos para poder proclamar los resultados electorales. Precisamente por esto, si se crea un Tribunal Contencioso Electoral dentro de la Función Electoral, cuya única función es resolver los recursos y apelaciones electorales, este solo trabajará, y más aun si tenemos en cuenta que la elección y mandatos del Ejecutivo y del legislativo son parejos³⁷, unas semanas cada 4 años. Durante el resto del tiempo no tiene nada que hacer. Así pues, hubiera sido mucho mejor que la Función Electoral hubiera tenido un sólo órgano (el Consejo Nacional Electoral) y la resolución de recursos electorales las hubiera emitido la jurisdicción contencioso-administrativa de la Función Judicial. Esta posibilidad hubiera permitido solventar algunos de los problemas que conlleva crear un tribunal electoral contencioso dentro de la Función Electoral y separado de la Función Judicial: mul-

36 Art. 219.4: “El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: (...) Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley”.

37 Tanto el mandato del Presidente y Vicepresidente de la República (Art. 144) como de los diputados de la Asamblea Nacional (Art. 118) es de 4 años. Además, el Art. 144 establece: “El periodo de gobierno de la Presidenta o Presidente de la República se iniciará dentro de los diez días posteriores a la instalación de la Asamblea Nacional, ante la cual prestará juramento. (...)”.

tiplicación innecesaria de órganos, inactividad en grandes períodos de la legislatura, gran coste económico en el seno de un Estado pobre, etc.

Si bien, a parte de otros argumentos menores como mayor especialización de los magistrados, el principal argumento para crear este tribunal electoral contencioso fue garantizar mayor rapidez y sumariedad en la resolución de conflictos electorales, evitando la lentitud derivada de la acumulación de trabajo de la jurisdicción contencioso-administrativa, esto se hubiera podido resolver fijando en el propio texto constitucional un plazo máximo para la resolución de los recursos electorales por parte de esta jurisdicción.

V. Conclusiones

Al margen de las críticas señaladas, no cabe duda que la nueva Constitución ecuatoriana conforma un sistema político auténticamente democrático, en tanto rompe los límites de la representación liberal burguesa y la tripartición de poderes, y tal como expresa el propio texto se realiza como democracia que ejerce directamente el pueblo *“en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano”* (Art. 95).

La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador

Roberto Viciano Pastor*

Sumario

I. Introducción. **II.** La Función Legislativa en la Constitución del 2008. **2.1.** Consideraciones sobre la estructura y contenidos del capítulo Segundo (Función Legislativa) del título IV (Participación y organización del poder) de la Constitución del 2008. **2.2.** Aportes sobre la regulación de la composición y elección de la Asamblea Nacional. **2.3.** Aportes sobre el estatuto de asambleísta. **2.4.** Aportes sobre las atribuciones de la Asamblea Nacional. **2.5.** Aportes sobre el régimen de funcionamiento de la Asamblea Nacional. **2.6.** Consideraciones sobre los tipos de leyes. **2.7.** Aportes sobre el procedimiento legislativo. **III.** Conclusiones.

I. Introducción

La regulación de la Función Legislativa que se realiza en la Constitución del Ecuador de 2008 no puede catalogarse de sustancialmente novedosa.

* Roberto Viciano Pastor, Doctor (Phd) en Derecho y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia. Titular de la Cátedra Jean Monnet sobre instituciones políticas de la Unión Europea de la citada universidad. roberto.viciano@uv.es

Mantiene, básicamente, la normativa constitucional existente en la Constitución de 1998 aunque introduce algunas mejoras que permiten afirmar que, también en esta cuestión, se han producido avances, aunque no del calado político, jurídico y social de otras partes de la Constitución del 2008.

Como manifestaremos oportunamente en esta primera valoración de este apartado del texto constitucional, se ha desperdiciado la oportunidad de hacer un rediseño más a fondo de esta Función y se reiteran algunas regulaciones cuestionables que se encontraban en la Constitución de 1998.

Para sistematizar los aportes que se han producido, así como los aspectos cuestionables, analizaremos la nueva regulación constitucional agrupándola alrededor de los grandes temas que se tratan en este capítulo de la nueva Constitución.

II. La Función Legislativa en la Constitución del 2008.

2.1. Consideraciones sobre la estructura y contenidos del capítulo Segundo (Función Legislativa) del título IV (Participación y organización del poder) de la Constitución del 2008.

La nueva Constitución introduce dos grandes novedades en cuanto al contenido y estructura del capítulo consagrado a la regulación de la Función Legislativa. Se trata de la eliminación de dos apartados¹ que regulaban la Comisión de Legislación y Codificación que, al menos constitucionalmente, ha dejado de existir; y del traslado al nuevo título VIII (Relaciones Internacionales) del capítulo dedicado a la regulación del régimen constitucional de los tratados y convenios internacionales, que en la Constitución de 1998 estaba situado al interior de la regulación de la Función Legislativa.

En el primero de los casos, la mayoría de la Asamblea Constituyente consideró que dicha institución, acusada de falta de transparencia en su tra-

1 Se trata del actual capítulo 4 (De la Comisión de Legislación y Codificación) del título VI (De la Función Legislativa), que definía la función y elección de la Comisión; y la sección quinta (Del trámite en la Comisión) del capítulo 5 (De las leyes) que regulaba los principios constitucionales del procedimiento de trabajo de la citada Comisión.

bajo, dejara, al menos, de tener reconocimiento constitucional. Lo cual no quiere decir que no pueda seguir subsistiendo si así lo establece la Ley Orgánica reguladora de la Función Legislativa. Pero, en todo caso, parece razonable pensar que si el constituyente eliminó su regulación constitucional, se debe a su voluntad de que la institución se extinga con la nueva Constitución.

En el segundo de los casos, la cuestión es más compleja. Por un lado, es cierto que los tratados internacionales son el producto de la negociación internacional del gobierno nacional y, solo en algunos casos, ameritan de la aprobación legislativa. En ese sentido, resulta razonable sacar de la regulación de la Función Legislativa a una norma que en esta Constitución ni tiene rango de ley ni es de exclusiva tramitación parlamentaria.

Sin embargo, no deja de echarse en falta que en una Constitución del siglo XXI no se haya realizado una regulación sistemática de la composición y jerarquía de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Estado. Aunque la doctrina constitucional ha debido hacer un esfuerzo de sistematización con el fin de agrupar, para su estudio, a las fuentes del Derecho, sin embargo, la necesidad de un tratamiento unitario del ordenamiento jurídico aún no ha calado en el constitucionalismo teórico y práctico.

Por eso, aunque parece más adecuada la colocación del régimen constitucional de los tratados e instrumentos internacionales en el nuevo capítulo sobre las relaciones internacionales, no se puede renunciar a dejar constancia de que, probablemente, el lugar idóneo de colocación de esta regulación hubiera sido un título específico dedicado a la estructuración y explicación de los componentes del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, la estructura determinada por el constituyente ecuatoriano tampoco ha sido demasiado feliz. La división del capítulo en tres secciones ha provocado que en la primera (Asamblea Nacional) se fundan y confundan la composición, sistema de elección, atribuciones y funcionamiento de la Asamblea Nacional y el estatuto de asambleísta, cuestiones que, didáctica y técnicamente, deberían estar individualizadas. Pero, además, la sección segunda, intitulada *Control de la acción de gobierno*, por un lado, no sería más que la agrupación de algunas de las atribuciones de la Asamblea Nacional y, por otra parte, incorpora en su seno mecanismos de control (enjuiciamiento político) sobre instituciones que, aunque en un sentido laxo

podrían entenderse de gobierno, en un sentido técnico-jurídico no pertenecen a la esfera de la Función Ejecutiva en la que se reside el gobierno.

Por último, la sección tercera, denominada “Procedimiento legislativo” no sólo regula cuestiones relativas al procedimiento legislativo sino que dedica dos de los nueve artículos que componen el apartado a regular la reserva de ley ordinaria y la reserva de ley orgánica. Una vez más, cabría insistir en que el texto hubiera ganado bastante en sistemática si estos preceptos hubieran sido englobados en un título específico que regulara el ordenamiento jurídico.

Pero si estas consideraciones sobre la estructura de la norma constitucional presentan un balance un tanto desfavorable, la situación se revierte cuando pasamos a analizar los contenidos de la norma constitucional sobre la función legislativa.

2.2. Aportes sobre la regulación de la composición y elección de la Asamblea Nacional

La Constitución del 2008 establece que la Función Legislativa la ejerce la Asamblea Nacional, nueva denominación surgida, sin duda, del rechazo que en la población ha adquirido el término Congreso Nacional.

Aunque el constituyente señala que los asambleístas serán elegidos por un período de cuatro años, olvidó reseñar que dicha elección debe ser por sufragio universal, libre, directo y secreto, tal y como afirmaba acertadamente la Constitución de 1998. No cabe duda, al analizar sistemáticamente la Constitución, que esa debe ser la conclusión. Pero hubiera sido mejor que se hubiera especificado.

La composición de la Asamblea Nacional varía sustancialmente respecto de la composición del extinto Congreso. Mantiene los asambleístas provinciales (dos por provincia y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil), pero incorpora quince asambleístas elegidos por circunscripción nacional y un número de asambleístas, que la ley determinará, que podrán ser elegidos por circunscripción regional, distrital metropolitana y exterior.

La nueva composición del legislativo nacional contiene el factor positivo, a nuestro entender, de contemplar la representación nacional (que per-

mite compensar las disfunciones territoriales) y la representación de los migrantes. Sin embargo, todo ello, sumado a la posible existencia de asambleístas regionales y de los distritos metropolitanos, nos conduce a un número muy alto de integrantes del legislativo. Este resultado colisiona con la voluntad popular, expresada en innumerables foros y encuestas de opinión, que parecía pretender la reducción del número de miembros del Congreso.

Pero, sin duda alguna, los grandes aportes del texto constitucional en este apartado son permitir que puedan ser candidatos a asambleísta los mayores de dieciocho años, reduciendo la actual limitación que fija la edad en veinticinco años y los nacionales ecuatorianos, sin necesidad de ser nacionales por nacimiento, tal y como establece el vigente texto constitucional.

2.3. Aportes sobre el estatuto de asambleísta

En cuanto al estatuto de asambleísta, aunque mantiene con carácter general, como ya se ha dicho, la regulación contemplada en la Constitución de 1998, establece algunas novedades que suponen avance en la regulación constitucional.

Por un lado, exige a los asambleístas que rindan cuenta a sus mandantes, lo que unido a la regulación de la revocatoria del mandato, en otro apartado de la Constitución, establece un marco de control sobre el representante que hasta el momento era inexistente.

Por otro, se constitucionaliza que la autorización de la Asamblea Nacional para iniciar una causa penal contra un asambleísta solo será necesaria para los casos en que el presunto delito cometido no esté en relación con el ejercicio de sus funciones. Con ello, se consigue reducir el ámbito de las inmunidades de los asambleístas a aquellas que son lógicas por su misión, sin extender las mismas a otros supuestos en los que los asambleístas deben ser tratados como cualquier otro ciudadano.

2.4. Aportes sobre las atribuciones de la Asamblea Nacional

En lo relativo a las atribuciones de la Asamblea Nacional, la nueva Constitución recoge, prácticamente, de manera literal, las atribuciones que

la Constitución de 1998 establece para el Congreso, pero con algunas mejoras sustanciales.

Por un lado, la Asamblea ya no es la encargada exclusiva de la reforma constitucional sino que es una institución que participa en el proceso, pero complementada con la participación directa de la ciudadanía que ha de aprobar la modificación del texto constitucional, lo que supone la garantía del poder constituyente frente a los poderes constituidos, entre ellos, el propio legislativo. Y no solamente regula esto, también la nueva redacción elimina la posibilidad de que el legislativo sea quien haga la interpretación de la Constitución “de manera generalmente obligatoria” como reza la Carta Magna de 1998. Parece absolutamente congruente con la teoría constitucional que un poder constituido, limitado por la Constitución, no tenga atribuida la capacidad de dar la interpretación obligatoria de la misma. Esa práctica, que contribuía a diluir el valor de la Constitución y su efecto garantista, ha sido felizmente eliminada.

Además de esto, la Asamblea deja de ser la instancia que nombra a un importante número de responsables de órganos del Estado, pasando a ser simplemente quien los posesiona. Es de suponer que esto pueda producir un proceso de independencia de esas instituciones respecto de los partidos políticos, aspecto éste que aparecía como una de las exigencias ciudadanas al activar el proceso constituyente.

Por último, además de atribuirle la competencia de aprobar el Presupuesto General del Estado, establece que en el mismo deberá constar el límite del endeudamiento público, cuestión ésta que ya está contemplada entre las atribuciones del actual Congreso pero no vinculada al Presupuesto General del Estado.

Como ya se dijo, tres de sus atribuciones de control y responsabilidad han sido desgajadas del artículo en que se enumeran sus atribuciones, englobándolas en una nueva Sección denominada “Control de la acción de gobierno”. En ella se recoge el enjuiciamiento político a los titulares de la Presidencia y de la Vicepresidencia por la presunta comisión de algunos tipos de delitos (que se aumentan como veremos), nuevas causales de destitución del titular de la Presidencia de la República y el enjuiciamiento político de los Ministros de Estado y otras altas autoridades.

Con respecto al enjuiciamiento político por la presunta comisión de determinados delitos, la nueva regulación constitucional aumenta el número de miembros del legislativo que pueden solicitar el inicio del juicio político. La Constitución de 1998 establecía que podía ser activado por una cuarta parte de los miembros del Parlamento; la actual Constitución fija en un tercio de sus miembros el número requerido para poder instar el procedimiento. Pero lo más destacado de la nueva regulación es que, además de contemplar la activación del juicio político en los casos de delitos contra la seguridad del Estado, concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito (como ya está establecido), añade también los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzosa de personas y secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

Pero no acaban ahí las novedades, pues se incorporan nuevas garantías procesales para el juicio político. Por un lado, que para iniciarse debe requerirse el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional y, por otro, que culminado el procedimiento, la Asamblea debe decidir sobre la censura y destitución del titular de la Presidencia o la Vicepresidencia en el plazo de setenta y dos horas, de manera motivada y atendiendo a las pruebas de descargo que éste haya presentado, con el fin de evitar la prolongación innecesaria de la crisis política.

Junto con ello, el siguiente artículo de la nueva Constitución prevé dos causales nuevas de destitución del Presidente o Presidenta de la República: arrogarse funciones que no le competen constitucionalmente o ser causante de grave crisis política y conmoción interna. Para el primer caso, se requiere del dictamen previo de la Corte Constitucional con el fin de evitar abusos parlamentarios. Para el segundo caso, debe subrayarse que son necesarias la concurrencia de los dos factores y no solo de uno de ellos, pues así lo indica la presencia del enlace copulativo “y” entre los términos “grave crisis política” y “conmoción interna”.

Aunque en la regulación de esta nueva institución no se establece cuál es el número de asambleístas que pueden promover el debate sobre la destitución, sí que se afirma que serán necesarias dos terceras partes de la Cámara para poder proceder a la destitución.

Se reiteran las garantías arriba señaladas para el juicio político por la presunta comisión de determinados delitos y se añade que esta facultad solo

podrá ser ejercitada una sola vez durante el período legislativo y, por tanto, presidencial y dentro de los tres primeros años del mismo.

Pero, sin duda, lo más interesante de esta novedosa regulación es que en el supuesto de que se destituya al titular de la Presidencia de la República, se disuelve la Asamblea Nacional pues el nuevo texto constitucional establece que íen el plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos períodos², generando un mecanismo que frene el uso irresponsable de este procedimiento por los legisladores.

Por último, el artículo 133 de la nueva Constitución prevé el juicio político por el incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y las leyes contra Ministros de Estado y otras altas autoridades². Se trata de una institución ya existente en la Constitución de 1998 pero que ha incorporado mejoras. Por un lado, si es censurado un Ministro de Estado, el Presidente de la República ya no puede resistirse a su destitución aunque para que prospere deben conseguirse dos tercios de votos de la Asamblea Nacional. Por otro lado, se puede realizar dicho juicio político contra los responsables del órgano de gobierno de la función judicial pero no sobre los integrantes de órganos jurisdiccionales como la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, cuando en la Constitución de 1998 sí era posible ejercer esa tarea de control y fiscalización sobre el órgano de control de constitucionalidad. Y en todos los casos, salvo el de los Ministros de Estado, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del Parlamento, con el fin de evitar hostigamientos irresponsables y minoritarios a los gestores de tan importantes instancias del Estado.

2.5. Aportes sobre el régimen de funcionamiento de la Asamblea Nacional

En lo referente a las reglas de funcionamiento de la Asamblea, se respeta

2 En concreto, las máximas autoridades de la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública General, Superintendencias, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, más aquellas que la ley agregue.

básicamente las que existen sobre el Congreso Nacional con algunas mejoras consistentes en lo siguiente:

- Se acortan los períodos de receso del legislativo de un mes a quince días.
- Desaparecen las prohibiciones de creación de comisiones especiales o “ad hoc”, lo cual permite que se recuperen como instancias especializadas de investigación de determinadas cuestiones cuya relevancia lo amerite.
- Se incorpora la previsión de que el Secretario y el Prosecretario serán designados de fuera de los integrantes de la Asamblea.
- La convocatoria de un período extraordinario durante un receso de la Asamblea puede ser realizado, además del Presidente de la Asamblea que ya está facultado, por el Presidente de la República o tan solo por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, reduciendo el número actual de dos tercios, lo que democratiza el criterio de convocatoria extraordinaria del órgano en período de descanso.

Sin embargo, también hay que destacar algunas cuestiones que podían haberse mejorado de la Constitución de 1998 y que se han mantenido. Por un lado, la exigencia de que además de que exista un reglamento de la Cámara, ésta misma institución deba aprobar una ley orgánica sobre la Función Legislativa. Se trata, evidentemente, de un error conceptual pues el reglamento parlamentario tiene fuerza y valor de ley, ya que es una norma jurídica que elabora el órgano legislativo en ejercicio de sus funciones. Por ello, con respecto a las demás funciones del Estado, es lógico que el Parlamento elabore una ley orgánica que regule su funcionamiento y el de sus órganos. Pero al tratarse la Función Legislativa de una actividad que solo puede realizar el Parlamento, no tiene sentido la duplicidad ley orgánica/reglamento de funcionamiento.

Además, técnicamente, al tener que ser la ley de la Función Legislativa una ley orgánica, pues regula la organización de una función del Estado, no hacía falta que se indicara que dicha ley debe ser aprobada y modificada por mayoría absoluta del Parlamento. Y, por el contrario, al distinguir entre

ley y reglamento, la nueva Constitución no prevé que el reglamento deba ser aprobado o reformado por mayoría absoluta de la Cámara, como pareciera aconsejable para conseguir cierta estabilidad en las normas de funcionamiento interno de la Asamblea.

Con todo, lo que parece más criticable del nuevo texto constitucional en este tema es la eliminación de la reserva de algún puesto de Vicepresidente para las minorías. La nueva redacción nada establece al respecto dejando, por tanto, abierta la posibilidad de que, en un juego de alianzas, la mayoría parlamentaria con sus aliados pueda copar todos los puestos directivos de la Asamblea.

2.6. Consideraciones sobre los tipos de leyes

En relación a la diferenciación entre leyes orgánicas y leyes ordinarias tampoco son mayores los aportes del constituyente del 2008, debiendo destacarse que se perdió una oportunidad de enmendar un error conceptual que existe en la Constitución de 1998. Se trata del hecho de atribuir jerarquía normativa a las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias cuando la lógica de su diferenciación reside tan solo en la materia regulada y en la mayoría requerida para aprobar la norma. La razón de ser de las leyes orgánicas es simplemente que algunas leyes, por la importancia de su objeto, deben contar con un apoyo parlamentario mayor que las leyes ordinarias. Evidentemente, lo establecido por una ley orgánica no puede ser modificado por una ley ordinaria en las materias reservadas a ley orgánica. Pero no por ser jerárquicamente superior sino porque la ley ordinaria no puede regular esa materia, pues está reservada a la ley orgánica. Se trata de una cuestión de reserva por razón de materia y no de jerarquía normativa.

2.7. Aportes sobre el procedimiento legislativo

Con respecto a la regulación básica que el nuevo texto constitucional realiza sobre el procedimiento legislativo también el resultado es bastante continuista, aunque se realizan algunas mejoras.

Sustancialmente, la iniciativa parlamentaria para presentar proyectos de ley se atribuye al cinco por ciento de los integrantes de la Cámara en lugar

de a un número exacto de miembros, permitiendo con ello una mayor flexibilidad a la hora de aumentar o disminuir el número de componentes de la Asamblea mediante la ley de desarrollo de la Función Legislativa.

También se atribuye dicha iniciativa, en el ámbito de sus competencias, a las demás funciones del Estado abriendo la legitimidad de presentar proyectos de ley de una manera coherente con la nueva estructura pentagonal de funciones. A este respecto tan solo queda por aclarar si en el caso de la Función Electoral y la Función Judicial, se atribuirá la facultad de presentar proyectos de ley a los órganos de gobierno de dichas funciones (Consejo Nacional Electoral y Consejo de la Judicatura) y no a los órganos jurisdiccionales (Tribunal Contencioso Electoral y Corte Nacional de Justicia) con el fin de evitar la incidencia en la legislación de los órganos que deben aplicarla.

Igualmente, aunque se reitera la posibilidad de que tengan iniciativa legislativa las organizaciones sociales, se les exige que tengan una mínima representatividad social fijada en el necesario respaldo de su iniciativa legislativa por el cero punto veinticinco por ciento de la ciudadanía ecuatoriana inscrita en el padrón electoral nacional. Todo ello con el fin de racionalizar el uso de la iniciativa legislativa popular, evitando una utilización torticera por parte de organizaciones con nula representatividad social.

También a efectos de la clarificación del impacto de dichas iniciativas legislativas, se exige que, además de tener que presentar un articulado completo, se señalen los artículos que con la nueva ley serán derogados o modificados en esa o en otra ley.

Por último, extiende el plazo para que el Presidente de la República pueda presentar objeciones a una ley aprobada por la Asamblea, pasando de los actuales diez días a treinta jornadas, lo que, sin duda, permitirá un mejor estudio de la norma por el máximo responsable de la Función Ejecutiva, lo que debiera redundar en una mayor capacidad de generar propuestas de mejora de la ley.

III. Conclusiones

Del análisis de este capítulo de la nueva Constitución puede desprenderse que se trata de una regulación que no tiene grandes innovaciones sobre el

actual texto constitucional, y aunque presenta algunas deficiencias de estructura, aporta mejoras que redundan en la democratización de los procedimientos y, desgraciadamente, no resuelve algunos defectos presentes en la Constitución de 1998.

Si realizamos una lectura sistemática de este capítulo con el que regula la Función Ejecutiva, podremos concluir que, en ningún caso, puede ser calificado el texto constitucional como de hiper-presidencialista, como algunas fuerzas políticas y medios de comunicación han defendido este punto de vista sin aportar, obviamente, argumentos jurídicos al respecto.

Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano

Rafael Balda Santistevan*

Sumario

I. Introducción. II. El sistema presidencialista. Características y debilidades. III. El diseño de la Constitución del 2008. IV. Los poderes constitucionales del Ejecutivo.

I. Introducción

Según la perspectiva teórica a la que se adhiera, los académicos brindan mayor o menor importancia a los factores contextuales, antropológicos, históricos o institucionales, sobre el desempeño de los sistemas políticos y su incidencia en las condiciones integrales de vida de los ciudadanos de una nación determinada. Cualquiera sea el enfoque que se adopte, resulta imposible pasar por alto el impacto real y profundo que la elección de un sistema de gobierno, y la particular configuración institucional a través de la cual se articula, ejercen sobre las condiciones sociopolíticas de los países.

* Politólogo, especialista en Relaciones Internacionales de la Universidad de Palermo y Abogado egresado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Secretario del Consejo Latinoamericano de Estudios del Derecho Internacional y Comparado, Capítulo Ecuador (COLADIC Ecuador). rafael.balda@gmail.com

Después de todo, las instituciones conforman las reglas de juego de la sociedad; establecen limitaciones y restricciones al comportamiento humano al estructurarlo en base a incentivos y desincentivos¹. El sistema de gobierno, por su directa relación con la matriz de instituciones políticas que significa el Estado, necesariamente debe jugar un papel fundamental en este rubro.

No es de extrañar, por tanto, que uno de los grandes debates dentro de la ciencia política contemporánea se haya centrado en las bondades o defectos de los sistemas de gobierno. El análisis puntual de las democracias en América Latina encendió, a partir de los años 80 del siglo pasado, una intensa discusión sobre si el sistema presidencialista podía ser uno de los factores de mayor responsabilidad en el fracaso de las democracias en esta región y en el aparente sino de inestabilidad y ruptura institucional que caracteriza la vida política de nuestros países. Esta lucha académica resultó en diversos estudios comparativos² que buscan resaltar los aspectos que hacen preferible al parlamentarismo sobre el presidencialismo o, por el contrario, niegan que el presidencialismo contenga un entramado institucional intrínsecamente generador de inestabilidad política.

La nueva Constitución ecuatoriana agrega un nuevo y particular caso de estudio para el trabajo de los académicos alrededor del orbe: un presidencialismo sui géneris, estructurado con importantes variantes institucionales que lo separan del canon tradicionalmente atribuido a esta forma de gobierno.

- 1 Para ahondar sobre las nuevas perspectivas institucionalistas puede revisarse a B. Guy Peters, *El nuevo institucionalismo: Teoría Institucional en Ciencia Política*, Gedisa, 2003 o Douglass C. North, Institutions, *Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- 2 Véase, entre varios otros, Juan J. Linz, *Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Hace alguna diferencia?*, *Los peligros del presidencialismo*, y *The virtues of parliamentarism*; Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of Presidential Democracy*; Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada y Ni presidencialismo ni parlamentarismo*; Jose Antonio Cheibub, Adam Przeworski y Fernando Papaterra Limongi Neto, *What makes democracias endure?*; Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, *Juan J. Linz: Presidencialismo y democracia. Una revisión crítica*, y *Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate*; Matthew S. Shugart y John M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*; Arend Lijphart, *Modelos de democracia: Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*; Dieter Nohlen, *Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos*.

Estas consideraciones justifican un análisis, aun si breve, del nuevo presidencialismo ecuatoriano y de los aspectos que lo vuelven tan singular. El presente trabajo pretende asumir esa tarea a través de una somera caracterización del presidencialismo, para proceder, luego, a comparar el tipo establecido con el diseño institucional que propone la nueva Constitución del Estado ecuatoriano. Por último, con el objetivo de presentar un cuadro más completo, identificaremos los principales poderes constitucionales que la nueva Carta Magna otorga a la Función Ejecutiva, a partir de la tipología propuesta por Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart³, y los compararemos con los que le confería la Constitución reformada y codificada en 1998.

II. El sistema presidencialista. Características y debilidades

El presidencialismo, dentro del marco de una república democrática⁴, se caracteriza por tres rasgos esenciales: (i) la existencia de un cargo unipersonal que concentra las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno –el cargo de presidente–, (ii) el presidente y la asamblea legislativa son elegidos por voto popular, y (iii) los mandatos, tanto del presidente como de los miembros de la asamblea legislativa, están sujetos a términos fijos o rígidos y la “supervivencia de cada uno de ellos en el cargo no depende del otro”⁵.

Adicionalmente, se suele anotar que en los sistemas presidencialistas, los ministros responden al presidente y solo pueden ser designados o destituidos por él, y que el presidente no puede ser destituido por la asamblea legislativa, salvo el caso de juicio político –en los países que existe.

3 Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, “Presidencialismo y Democracia en América Latina: revisión de los términos del debate”, en *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart (compiladores), Paidós, 2002.

4 Partiendo de la definición de Schumpeter –en *Capitalismo, Socialismo y Democracia*– que la entiende como el mecanismo institucional cuyo fin es llegar a decisiones políticas, por el cual los individuos adquieren la facultad de decidir mediante una lucha competitiva por el voto del pueblo, consideramos como una democracia a aquella forma política de organización social que cumple los criterios para ser considerada un poliarquía, según los estableció Robert Dahl en *Polyarchy: Participation and Opposition*, Yale University Press, 1971.

5 Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart. *op. cit.*, p. 25.

Los rasgos que caracterizan al presidencialismo, a su vez, han dado pie a las principales críticas que ha recibido. Los argumentos contra el presidencialismo, expresados principalmente en el prolífico trabajo de Juan J. Linz⁶, se pueden resumir en los siguientes:

(1) La “doble legitimidad”. Por esencia, el presidencialismo se fundamenta en la división clara de poderes (o funciones). Así, tenemos un ejecutivo visiblemente separado del legislativo. Sin embargo, ambos órganos pueden reclamar el mismo origen y causa de su ejercicio político: el voto popular, y por extensión, el pueblo mismo. Ocurre, entonces, que existen dos instancias de poder que reclaman idénticamente la legitimidad de la representación popular. En momentos de alta tensión política, nos enfrentamos a reivindicaciones rivales de legitimidad, en que cada parte, presidente y asamblea legislativa, reclaman para sí el monopolio de la representación de los intereses del pueblo. En el presidencialismo no habría ningún principio democrático para resolver este conflicto⁷, lo cual genera endémicas rupturas institucionales.

(2) Los mandatos fijos generan una “rigidez sistémica” que inhabilita a las democracias presidencialistas para lidiar con las crisis. Si el mandato de la asamblea legislativa o del presidente es de, digamos, cuatro años, y surge una crisis a mitad de período, los actores políticos tienen dos opciones: esperar hasta el final de los respectivos períodos del presidente y los representantes legislativos, o recurrir a arreglos antidemocráticos o mecanismos paraconstitucionales para dar solución a las crisis⁸.

6 Ver segunda nota al pie de página, para una referencia de algunos de los trabajos de Linz sobre esta temática.

7 Juan J. Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, en *The Failure of Presidential Democracy*, Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (editores), John Hopkins University Press, 1994, p. 7.

8 Una tercera opción, constitucionalmente habilitada es la conducción de un juicio político o “impeachment”, en el caso del presidente. No obstante, el juicio político resulta de muy difícil convocatoria y aún más difícil resolución a favor de la destitución, por la dureza de los requisitos exigidos. En muestra de ello, revétese la historia política ecuatoriana de los últimos 30 años; en ningún caso se condujo un verdadero juicio político exitoso, sino que por el contrario, la solución a las crisis políticas se dio por vías de hecho o vías paraconstitucionales. En el resto de América, casos

(3) El problema de los mandatos fijos se acrecienta como resultado de la lógica de “juego de suma cero” del presidencialismo, por la cual “el ganador se lleva todo”. Es que, en definitiva, los actores políticos “que pierden las elecciones para presidente, pierden el premio más importante”⁹. Los actores políticos perdedores tienen pocos incentivos para cooperar, pues el fracaso del gobernante de turno significa el aumento de sus posibilidades de éxito en las próximas elecciones en que esté en juego “el premio mayor”. En este contexto, los presidentes asumen el poder en el marco de “una crisis de poderes o ésta aflora a los pocos meses cuando es redituable atacarlos”¹⁰. Unida esta circunstancia a los ya citados problemas de doble legitimidad y mandatos fijos, el bloqueo legislativo se vuelve inevitable.

(4) Por último, se destaca la tendencia del presidencialismo al “inmovilismo”, una situación de inacción en la formulación y ejecución de políticas, o, en términos de David Easton, en “la asignación autoritativa de valores”¹¹. El inmovilismo es producto (i) de la mayor incidencia de gobiernos divididos, es decir, situaciones en las que el presidente no cuenta con el apoyo de un bloque mayoritario en la asamblea legislativa, y (ii) de la incapacidad intrínseca del presidencialismo para manejar estas situaciones en los casos en que se presentan –por los problemas arriba enunciados–. Si bien la dificultad de lograr un gobierno de mayoría es función principalmente del sistema de partidos y el sistema electoral, las papeletas divididas en las elecciones del presidencialismo acentúan la importancia de las cualidades personales del presidente, facilitando que el electorado disocie la elección de representantes legislativos (en la que incide más fuertemente la identificación partidaria) de la del jefe del Ejecutivo, y en consecuencia, coloque en el poder a un presidente con escaso apoyo partidario en la asamblea legislativa.

como las destitución de Collor de Mello en Brasil son realmente excepcionales. En la práctica, los mecanismos para remover constitucionalmente al presidente han sido inexistentes o inoperantes.

9 Rafael Balda Santistevan, “Cambio y continuidad: La vorágine de las relaciones Ejecutivo-Legislativo en el Ecuador”, *Revista Guayaquil*, septiembre de 2007.

10 *Ibidem*.

11 David Easton. “Categorías para el análisis sistémico de la política”, en *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, 2001, p. 224.

Más allá de importantes contrargumentaciones sobre el tema, los problemas intrínsecos que presenta el sistema presidencialista no son pocos y tienen trascendentales consecuencias en la eficacia y efectividad del ejercicio gubernamental. Un diseño institucional moderno no puede dejar de lado estas consideraciones al plantear un nuevo esquema que rijan el funcionamiento del Estado y la vida política en general.

III. El diseño de la Constitución del 2008

El constituyente de Montecristi se hizo cargo del fardo de las constantes rupturas institucionales que el Ecuador ha soportado en los últimos quince años, y decidió, apostando por el mantenimiento del presidencialismo, optar por nuevos mecanismos que permitan atenuar las debilidades intrínsecas al sistema. Estos nuevos mecanismos convierten a la futura forma de gobierno del Ecuador en un caso *sui generis* de presidencialismo, uno que seguramente concitará más de un estudio y análisis por parte de la inteligencia política internacional.

Bajo el paraguas de un inconfundible sistema presidencialista, el nuevo diseño constitucional introduce mecanismos propios del parlamentarismo y el semipresidencialismo, y se aventura incluso a implementar figuras ajenas a toda tradición institucional.

Sin lugar a dudas, la principal innovación de la Constitución del 2008 es la facultad del Presidente para disolver la Asamblea Nacional. La Asamblea, a su vez, ve agregarse a su clásica pero subutilizada potestad de someter al Presidente a juicio político por la comisión de delitos, la de destituirlo sin la necesidad de enjuiciamiento, cuando considere que existe una grave crisis política o conmoción interna. Esta misma fórmula de procedencia, la existencia de una grave crisis política o conmoción interna, se contempla también en el caso de la disolución de la asamblea por el presidente. Como podemos observar, el criterio de procedencia es político, y se encuentra enteramente librado a la decisión –también política– del jefe del ejecutivo o del órgano legislativo. La existencia de otras causales que requieren dictamen previo de la Corte Constitucional es anecdótica; en última instancia, tanto el ejecutivo como el legislativo pueden obviar ese procedi-

miento y recurrir a la causal política para lograr el objetivo de terminar el período de quienes ejerzan la titularidad del otro poder. En la nueva Constitución, la destitución de un Presidente deja de ser un evento constitucionalmente excepcional –como en la abrumadora mayoría de los sistemas presidencialistas– y, por lo tanto, estrictamente normado en sus requisitos de procedibilidad, para convertirse en una posibilidad política tan factible como el voto de no confianza a un jefe de gobierno –con la salvedad del quórum de decisión reforzado que se exige en el sistema ecuatoriano.

Esta última cuestión nos lleva a un rasgo saliente del nuevo presidencialismo ecuatoriano. Veámos anteriormente que el presidencialismo se caracterizaba, entre otras propiedades, por la existencia de términos fijos de permanencia en los cargos, por lo que la supervivencia de un poder no dependía del otro. El nuevo presidencialismo ecuatoriano invierte totalmente este principio. La disolución de la Asamblea Nacional y la destitución del Presidente sin enjuiciamiento político previo, colocan precisamente la supervivencia de un poder en manos del otro, con una salvedad: al determinar el fin del período de un poder, el poder que lo hace pone asimismo fin al suyo propio. Éste es el mecanismo que se ha dado en llamar “muerte cruzada”, y que pone un límite al abuso de esta nueva facultad, al atribuir un notable costo político a su utilización. La existencia de tan alto costo debería estimular en los actores políticos una actitud cooperativa, de cara a un probable escenario de crisis de poderes que únicamente puede ser resuelto mediante la salida de ambos bandos en conflicto y el sometimiento a las reglas de una lid electoral.

El mecanismo atado de destitución o disolución e inmediato llamado a nuevas elecciones legislativas y presidenciales para el resto del período crea una peculiar mixtura de *accountability* horizontal y vertical¹². La *accountability* horizontal opera mediante “la existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta sanciones legales o incluso “destitución”, en relación con actos u omisiones de otros agen-

12 El término *accountability*, de difícil traducción al castellano, implica responsabilidad, en el sentido de responder a alguien por el resultado de un trabajo o gestión, en términos similares a los establecidos, por ejemplo, en un contrato de mandato.

tes o agencias del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos¹³”, mientras que la *accountability* vertical deriva “(d)el hecho de que periódicamente los gobernantes deben rendir cuentas ante las urnas¹⁴”. Así, mientras la *accountability* horizontal apunta al control institucional –en el caso de nuestro interés por parte del Ejecutivo al Legislativo y viceversa–, la *accountability* vertical constituye un control popular a través de las elecciones periódicas.

La Constitución de Montecristi funda ambas clases de *accountability*, al generar la necesidad de que los poderes ejecutivo y legislativo operen con responsabilidad el uno frente al otro, pues siempre permanece latente la eventualidad de ser controlados a través de las potestades políticas de disolución y destitución. Lo interesante es que cualquiera de los poderes - Ejecutivo o Legislativo- que ejerzan su potestad de terminar el mandato del otro, en virtud de la muerte cruzada, deberán responder electoralmente por su decisión, frente al soberano.

Todo diseño institucional debe enfrentarse a ciertos límites; el diseño de la Constitución del 2008 no es la excepción. Los problemas anejos a la naturaleza más íntima del presidencialismo, tales como la doble legitimidad o la lógica de juego de suma cero no pueden resolverse sin abandonar el marco del sistema presidencial y caminar hacia algún tipo de semipresidencialismo, en el escenario más conservador¹⁵. Sin embargo, la nueva Constitución realiza un esfuerzo genuino por resolver –o al menos atenuar– los principales problemas que aquejan a la forma presidencial de gobierno, tales como la falta de adaptabilidad a circunstancias políticas adversas, el bloqueo legislativo y el consecuente inmovilismo de la política y el gobierno.

13 Guillermo O'Donnell, “Accountability horizontal”, en *Revista Ágora*, N° 81, Verano de 1998, p. 19.

14 Guillermo O'Donnell, “¿Democracia delegativa?”, Cap. 10, *Contrapuntos*, Editorial Paidós, 1997, p. 296.

15 La lógica de juego de suma cero se podría atenuar, por ejemplo, mediante la creación de un jefe de gabinete elegido por la asamblea, que maneje algunas verdaderas potestades ejecutivas.

IV. Los poderes constitucionales del Ejecutivo

El desempeño de un gobierno –y un sistema de gobierno– depende en buena medida de la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Mecanismos como los analizados en la sección anterior permiten disminuir la expectativa de situaciones de parálisis en las cuales resulte imposible ejercer el poder de forma eficaz y eficiente. Sin embargo, en los sistemas presidencialistas los jefes del ejecutivo cuentan con varias herramientas más a su alcance para influir en las políticas públicas a través de procesos legislativos. Esas herramientas serán más o menos amplias en función del catálogo de poderes que la Constitución le asigne.

En esta sección analizaremos los poderes constitucionales del Ejecutivo recurriendo, en términos generales, a la tipología creada por Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart¹⁶. Para estos autores, los poderes constitucionales son “poderes inherentes al cargo de Presidente que obligan a que sus preferencias sean tomadas en cuenta a la hora de aprobar leyes¹⁷”. En base a su tipología, Mainwaring y Shugart identifican dos tipos de poderes constitucionales: los poderes proactivos y los poderes reactivos.

Los poderes proactivos son aquellos que permiten al Presidente modificar la situación imperante, es decir, establecer un nuevo *statu quo*, o intentar hacerlo. Debemos recordar que las elites y actores políticos son, por esencia, conservadores del *statu quo*, por lo que las políticas que pretendan modificar una situación dada tenderán a encontrar oposición de los distintos “actores de veto¹⁸”. Los poderes proactivos permiten al Presidente impulsar políticas legislativas anti *statu quo*, incluso frente a la oposición de actores de veto institucionales.

Los poderes reactivos, por el contrario, capacitan al Presidente para defender el *statu quo* frente a los afanes reformistas de los diversos actores

16 Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart. *op. cit.*, pp. 48 - 58.

17 *Op. cit.*, p. 49.

18 Para más información sobre el concepto de actores de veto, estudiar la obra de George Tsebelis, entre otros: “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism” en *British Journal of Political Science*, Vol 25, No. 3, Jul. 1995; *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton University Press, 2002; y “Veto Players an Institucional Análisis”, en *Governance*, Volume 13, issue 4.

políticos y, de manera concreta, los de una mayoría legislativa.

La figura 1 da cuenta de los principales poderes constitucionales proactivos que tiene a su disposición el Ejecutivo. El poder proactivo más importante con el que puede contar un Presidente es el de dictar decretos que establezcan nueva legislación, sin que esa atribución provenga de una facultad delegada por el poder legislativo¹⁹. En esos casos, el Ejecutivo se encuentra en capacidad de imponer su criterio y dictar una norma contra el parecer del órgano legislativo –así sea temporalmente.

El poder de decreto, en áreas diversas, lo ejercen, en mayor medida, los presidentes de países como Argentina y Brasil²⁰. En el Ecuador, la Constitución de 1998 constriñe el poder de decreto del Presidente al ámbito de la administración pública y la expedición de reglamentos de aplicación de una ley. La figura del decreto-ley se contempla tan solo como herramienta para la promulgación de una norma aprobada tácitamente por el ministerio de la ley (por el fenecimiento del plazo otorgado al legislativo para pronunciarse) en los casos de proyectos de urgencia económica.

La Constitución del 2008 nos trae un caso de verdadero decreto legislativo cuando el Presidente ha hecho uso de su potestad de disolver a la Asamblea Nacional. El Presidente podrá dictar leyes por decreto previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, y únicamente hasta la instalación de la nueva Asamblea. Si bien es cierto que la nueva Asamblea puede derogar mediante el trámite legislativo ordinario las leyes dictadas por el Presidente durante ese interregno, dicha tarea puede dificultarse por la imposibilidad en conformar la mayoría necesaria, o por la cantidad de decretos que deberían ser revisados en perjuicio del trámite de las propias iniciativas legislativas de la Asamblea. Todo esto otorga al Presidente una notable iniciativa en el evento de que decida recurrir a la disolución de la Asamblea Nacional.

19 Un ejemplo similar a la delegación de facultad legislativa es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -aunque no constituye propiamente una Ley-, cuya expedición fue delegada por la Ley de Modernización del Estado al Presidente de la República.

20 Llamados, respectivamente, decretos de necesidad y urgencia, y medidas provisorias.

Figura 1

		1998	2008
PROACTIVOS (cambio de statu quo)	Plan Nacional de Desarrollo	Aprobó planes de desarrollo puntuales, sistema de planificación dependiente de Ejecutivo.	Formulación y aprobación.
	Cesar modificar y suprimir ministerios.	Importancia residual de la planificación.	Importancia capital del Plan en todos los niveles.
	Presupuesto General del Estado	Si	Si
		Formulación y presentación al Legislativo.	Formulación y presentación al Legislativo.
		Legislativo puede reformar por sesiones de gastos e ingresos hasta en 60 días.	Legislativo sólo puede realizar observaciones hasta en 30 días sobre su adecuación a la ley la Constitución y el Plan Nacional de Desarrollo.
		No se contempla la posibilidad de insistir en propuesta presu- puestaria original.	Posibilidad de insistir en su propuesta original y no recoger observaciones del Legislativo. Legislativo requiere mayoría de 2/3 para insistir en sus observaciones.

Figura 1 (continuación)

		Legislativo no puede alterar el monto del presupuesto	Legislativo no puede alterar el monto del presupuesto
Iniciativa legislativa.	Si	Si	
Reglamentos de aplicación de leyes.	Si	Si	
Política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera.	Facultad de Banco Central Autónomo	Facultad exclusiva.	
Creación y fijación de aranceles.	Facultad exclusiva.	Facultad exclusiva.	
Disolución del órgano legislativo	No se otorga la facultad de disolver el órgano legislativo.	Si, por una vez dentro de los próximos tres años de gobierno. Asumen la convocatoria y presidencias legislativas y presidencias para el resto del período.	
Decreto-Ley	No se contempla este evento	En caso de disolución de la Asamblea podrá dictarse previo dictamen de Corte Constitucional hasta la instalación de la Nueva Asamblea.	

Figura 1 (continuación)

			<p>Puede ser derogado por la Asamblea, mediante trámite legislativo ordinario.</p>
		<p>Puede ser derogado por la Asamblea, mediante trámite legislativo ordinario.</p>	<p>Puede ser derogado por la Asamblea, mediante trámite legislativo ordinario.</p>
	<p>Referéndum aprobatorio de normas.</p>	<p>Iniciativa compartida con la ciudadanía para llamar a consulta popular con carácter vinculante.</p>	<p>Iniciativa compartida con la ciudadanía. No la posee la Asamblea. El pronunciamiento será de obligatorio e inmediato cumplimiento.</p>
		<p>Reforma constitucional y cualquier otros asuntos.</p>	<p>Aplica a leyes tratadas internacionales y enmienda de artículos no fundamentales de la Constitución.</p>
		<p>En caso de reforma constitucional requiere la aprobación del Congreso Nacional o que éste no haya tratado las reformas en el plazo oportuno.</p>	<p>Procede con la sola decisión del Presidente.</p>

Figura 1 (continuación)

	Convocatoria a Asambleas Constituyentes.	No se contempla la convocatoria a una Asamblea Constituyente.	Poderá someterse a consulta popular cuando así lo decida. Comparte esta facultad con la ciudadanía y la Asambleas (aprobada por 2/3 de sus miembros).
	Estado de excepción / emergencia.	Sujeto a control político por la Asambleas y jurídico por la Corte Constitucional.	Sujeto a control político por la Asambleas y jurídico por la Corte Constitucional.

Otro importante poder proactivo es el de convocar a un referéndum aprobatorio de normas jurídicas sin necesidad de autorización externa o cumplimiento de requisitos especiales. La convocatoria a referéndum franquea una opción más para destrabar un bloqueo legislativo, sin necesidad de llegar a la medida extrema de disolver la Asamblea. El Presidente puede intentar el cambio del statu quo a su sola decisión, en espera de que el soberano apruebe su propuesta. Esta potestad se extiende a tratados internacionales y la enmienda de la propia Constitución. En el mismo ámbito de la democracia directa, el Presidente posee la tremenda atribución de convocar a una consulta popular sobre la instalación de una Asamblea Constituyente que reforme toda la Constitución, con la misma carencia de requisitos que en los casos anteriores.

El principal poder reactivo de un presidente es el de vetar las iniciativas aprobadas en el órgano legislativo. La efectividad de este poder de veto para impedir el cambio de statu quo dependerá del alcance que se dé a su ejecución y los parámetros establecidos para que el Legislativo pueda insistir en su iniciativa. En este plano, el Ecuador es uno de los países que más refuerza los poderes presidenciales, al conceder al Ejecutivo un poder de veto total que obliga a archivar la iniciativa por un año, y luego de transcurrido éste, impone a la legislatura reunir los votos de dos tercios de sus miembros para insistir en su propuesta. Así, mientras un veto que puede ser superado inmediatamente con solo una mayoría simple de presentes tiene poca utilidad práctica para un Presidente, un veto total en el sentido que consta en nuestras constituciones le confiere un inmenso poder de conservación.

En algunas constituciones el veto puede, además, ser parcial²¹, esto es, admitir que el Presidente vete solo un parte del proyecto a la vez que se allana al resto. El Presidente no puede promulgar la parte del proyecto con la que concuerda —como si puede hacerlo en unos pocos países—; el proyecto regresa íntegro, con las observaciones realizadas por el Ejecutivo, para que la Asamblea Legislativa se pronuncie. En este punto, el veto ecuatoriano toma un giro particular, al mutar de un poder reactivo a un poder proactivo. En efecto, las observaciones del Presidente impiden que se apruebe un proyecto como lo envía el Legislativo —y en ese sentido, mantienen el statu

21 También llamado item veto, pues se vetan items o disposiciones específicas de una ley.

quo- pero, a la vez, esas observaciones se convierten en una nueva iniciativa legal por parte del Ejecutivo, una iniciativa que nace en superioridad de condiciones, pues para evitar que se apruebe, tácitamente la Asamblea deberá reunir un quórum decisorio equivalente a dos tercios de sus miembros. Esta “iniciativa legal” tiene sus límites, pues debe circunscribirse a las materias contempladas en el proyecto. No obstante y a despecho de interpretaciones restrictivas que ha realizado el viejo Congreso Nacional, el Presidente tiene plena libertad para proponer nuevos artículos y disposiciones –un “texto alternativo”– dentro del marco de las materias propias de la nueva Constitución.

Estos poderes son virtualmente idénticos en la Constitución del 2008 y la de 1998, como se muestra en la figura 2, que además detalla otros poderes reactivos del Presidente. La iniciativa legislativa exclusiva constituye materia de una singular especie de poder reactivo. A primera vista podría entenderse que la iniciativa legal exclusiva es un poder proactivo, por cuanto faculta establecer un nuevo statu quo. Si bien esto es correcto, predomina en este tipo de poder una faz reactiva. Es del caso que la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente, en ciertas materias, acarrea la imposibilidad de que se modifique el statu quo, puesto que el Presidente ostenta el monopolio legal del impulso al cambio en las materias que la constitución le reserva. De esta forma, el Presidente tiene la última palabra y, por tanto, el veto (en su forma más dura) para los proyectos de cambio a una situación sobre la cual él ostenta la facultad exclusiva de promover transformaciones.

Figura 2

REACTIVOS (mantenimiento de statu quo)	Veto total	Si. Anula el proyecto por un año. Reinstancia de la Asamblea, luego del año, con 2/3 de sus miembros.	Si. Anula el proyecto por un año. Reinstancia del Congreso, luego del año, con 2/3 de sus miembros.
	Veto parcial	No puede por nulgar parte del proyecto.	No puede por nulgar parte del proyecto.
		En 30 días Asamblea puede allanarse o retirarse con el voto de 2/3 miembros. Pasado el plazo entra en vigencia el proyecto enmendado por el Ejecutivo.	En 30 días Asamblea puede allanarse o retirarse con el voto de 2/3 miembros. Pasado el plazo entra en vigencia el proyecto enmendado por el Ejecutivo.
		No se reconoce la iniciativa normativa popular como tal	Enmienda parcial de proyectos de ley por movidos por iniciativa normativa popular
	Censura de Ministros	Presidente puede mantenerlos en el cargo.	Acusa su destitución del cargo.
	Iniciativa legislativa exclusiva	En materia de impuestos, presupuesto, aumento de gasto público y modificación de división política-administrativa.	En materia de impuestos, presupuesto, aumento de gasto público y modificación de división política-administrativa.
		No existe prohibición de introducir transgénicos.	Introducción excepcional de transgénicos.
		No consta prohibición de actividades extractivas en áreas protegidas.	Explotación excepcional de recursos naturales no renovables en áreas protegidas.

En el balance, la comparación entre los poderes constitucionales de la Constitución codificada en 1998 y la Constitución del 2008 muestra que existe un reforzamiento del presidencialismo a través del aumento de potestades para influir en las políticas legislativas de forma proactiva o reactiva. Este reforzamiento de las facultades del Presidente, no obstante, tiene como correlato un aumento de los controles institucionales a los que debe sujetarse y atenerse el Jefe del Ejecutivo dentro del ejercicio de su cargo. El diseño institucional, en su conjunto, se dirige a asegurar la eficacia de las funciones de gobierno a través de mecanismos que favorezcan soluciones constitucionales a las inevitables crisis políticas, y a prevenir en lo posible la emergencia de crisis cuando éstas sean evitables.

El éxito del diseño dependerá no solo de sus características estructurales, sino además de otros factores institucionales externos, del comportamiento de los actores, y del contexto que sirva de marco a su aplicación. El constituyente ha puesto sobre la mesa las cartas para lograr la estabilidad institucional del Estado, corresponde ahora a los líderes políticos y sociales y a una ciudadanía activa y participativa asumir el reto de construir una democracia a la altura de las expectativas de todos los ecuatorianos.

La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana

Juan Montaña Pinto*

Sumario

I. Introducción. **II.** La justicia en el Estado Constitucional de los derechos. **III.** Principios constitucionales relativos a la justicia. **3.1.** La sujeción de la justicia a la Constitución. **3.2.** La separación entre administración de justicia y función judicial. **3.3.** La independencia de la justicia. **3.4.** El principio de responsabilidad. **3.5.** La unidad jurisdiccional. **IV.** La estructura de la función judicial en la nueva Constitución. **4.1.** La nueva justicia ordinaria. **4.2.** El Consejo de la Judicatura. **4.3.** Los órganos autónomos. **4.4.** Los órganos auxiliares de la justicia. **V.** La justicia indígena en la nueva Constitución.

I. Introducción

Uno de los debates más acalorados y agrios de la Asamblea Constituyente, al punto de ser una de las causas de la renuncia de Alberto Acosta a la pre-

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho público del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Master en Historia del Derecho de la Universidad de Messina (Italia), doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante.
biofilopanciasta@hotmail.com

sidencia de la Asamblea, fue la regulación de la función judicial en la Constitución. En este debate se mezclaron, en dosis inusitadas, intereses partidistas, consideraciones personales y mentiras de la más diversa índole. Sin embargo, a lo largo de los ocho meses de la Asamblea, nunca se dio un debate serio sobre las condiciones y necesidades de la reforma de la justicia.

El objetivo del presente trabajo no es, por supuesto, suplir extemporáneamente esta carencia. No es ni el momento ni mucho menos el lugar de hacerlo. Eso quedará al juicio de la historia como una de las deudas históricas de la Asamblea Constituyente. En lugar de eso, se pretende hacer una breve aproximación teórica al resultado de ese debate constituyente, para lo cual se hará un análisis crítico del capítulo relativo a la función judicial y a la justicia indígena en la Constitución.

Para llevarlo a cabo, se ha dividido el texto en tres apartados. En el primero se hace un estudio teórico de lo que significa la justicia en el Nuevo Estado Constitucional de los derechos, haciendo énfasis en las modificaciones que este modelo constitucional garantista aporta a la teoría clásica de la separación de poderes, lo cual significa formular una suerte de marco teórico implícito en la propuesta constitucional sobre justicia. En un segundo capítulo, se hace un estudio panorámico de los principales principios que rigen la administración de justicia, demostrando las limitaciones del constituyente a la hora de separarse del modelo tradicional de justicia liberal, centrado en el principio de unidad jurisdiccional. Un tercer acápite contiene algunas consideraciones generales sobre las principales innovaciones constitucionales a la estructura orgánica de la función judicial. Y, finalmente, una última sección está dedicada a hacer una lectura muy crítica del modelo de justicia indígena que aprobó la Asamblea Constituyente que, a nuestro juicio, constituyen un franco retroceso de lo conseguido en la Constitución de 1998 y particularmente de la regulación de ese derecho colectivo en el Convenio 169 de la OIT. El constituyente ecuatoriano del 2007, por un equivocado sentido de ciudadanía liberal, dejó de lado las últimas conquistas del derecho internacional de los derechos humanos en materia indígena, situación que es una vergüenza si se tiene en cuenta que cerca del diez por ciento de los ecuatorianos son y se autodefinen como indígenas.

II. La justicia en el Estado Constitucional de los derechos

Según el artículo 1 de la nueva Constitución, preparado por la Asamblea Constituyente, el nuevo Estado ecuatoriano es un Estado Constitucional de los Derechos y Justicia. Este cambio, aparentemente semántico, tiene, sin embargo, una significación enorme. Implica la superación definitiva en el Ecuador del tradicional Estado legalista o de legalidad¹, que ha prevalecido en el país desde la formación de la República, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado².

Como se sabe, el paradigma constitucional garantista pretende “rematerializar” la Constitución³, convertirla en una verdadera norma; y no en cualquier norma, sino en la “norma suprema” del ordenamiento y a partir de allí, disciplinar a todos los poderes públicos y a los particulares a la Carta fundamental. Este modelo también busca la transformación de la teoría jurídica tradicional debido a que la práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación.

El resultado es la configuración de una nueva versión del Estado de Derecho, denominado “Estado constitucional de los derechos”, cuyos rasgos característicos son la garantía real de los derechos de las personas, a través de un sistema de justicia eficaz, independiente y especializado; y la metamorfosis del rol de los jueces, que asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho⁴.

1 El legalismo es uno de los fundamentos del positivismo jurídico decimonónico, según el cual, la ley es la única o en todo caso suprema fuente del derecho. Esta supremacía tiene algunas consecuencias importantes: a) La reducción de todo el derecho a la ley; b) la supremacía del parlamento sobre los otros poderes del Estado porque es quien crea la ley; c) La subordinación a la ley de los derechos de los ciudadanos; d) la limitación de la función judicial a una tarea exclusivamente aplicativa de la ley; y e) la consideración de la Constitución como un mero programa directivo que debe ser materializado por la ley.

2 Sobre el particular, ver: L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1989.

3 Sobre el concepto de rematerialización constitucional, ver: L. Prieto Sanchis, “Tribunal Constitucional y positivismo Jurídico”, en: *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 305 a 342.

4 El Estado constitucional de los derechos es la versión más moderna del Estado de derecho y, en ese sentido, comparte con las versiones anteriores sus características: al igual que el Estado de legali-

Eso, obviamente, implica una revolución copernicana en la estructura del Estado, pues conlleva la superación de la teoría de la separación de poderes formulada por Montesquieu a fines del siglo XVIII. Particularmente en el plano judicial, la asunción de este modelo de Estado implica cambiar la imagen de los jueces como poder “invisible y nulo”⁵, para transformarlo en el eje articulador y garantía básica de la existencia del Estado, a través de las limitaciones al poder normativo del legislador por parte de la Constitución, las cuales solo pueden ser aseguradas a través de los tribunales de justicia, “cuya obligación, nos dice Hamilton en *El Federalista*, es declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución”⁶.

Por supuesto que este modelo de Estado y de justicia choca, en el caso ecuatoriano, con la cultura y la tradición jurídicas dominantes en el país, al punto de que para algunos este paradigma estatal es considerado como una verdadera herejía jurídica. En Ecuador, desde comienzos del siglo XIX y hasta nuestros días, la teoría de la separación de poderes diseñada por la Constitución americana de 1787 permanecerá ignorada⁷ y denostada en

dad del siglo XIX, está sustentado y limitado en su actividad por el derecho y, de igual manera que el Estado social, pretende garantizar la cobertura universal de las necesidades básicas de la población, a través de la prestación directa de servicios públicos.

5 Como se sabe, la teoría liberal de la división de poderes es atribuida tradicionalmente a Montesquieu. Este autor consideraba que en un Estado debía haber tres clases de poderes: “el legislativo”, el “poder ejecutivo” de las cosas que hacen relación con el derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil, o “poder de juzgar”. Mediante la primera, se hacen las leyes, mediante la segunda, se hace la paz y la guerra y se establecen relaciones internacionales, y mediante la tercera, se castiga los crímenes y se juzgan las diferencias entre particulares. Según Montesquieu, estas funciones no solo están separadas sino que se limitan unas a otras a través de la facultad de bloquearse mutuamente (“faculte de empechar”). En opinión de Montesquieu, el poder legislativo debe estar en manos de las cámaras legislativas, el ejecutivo en manos del Monarca y el poder de juzgar debe ser un poder “invisible y nulo”, ejercido transitoriamente por personas extraídas del pueblo especialmente para ello. Como se ve en realidad, la “teoría de la separación de poderes” tal cual la conocemos en la actualidad tiene una relación muy lejana con esta teoría de Montesquieu. “El verdadero origen de la teoría democrática de la división de poderes”, como bien señala Javier Pérez Royo, es “la Constitución federal de 1787” y concretamente en *El Federalista*. Sobre el particular, ver: J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003. pp. 739 y ss.

6 *Ibidem*, p. 741.

7 La duración de este “olvido” en Ecuador es particularmente larga e intensa, pues aquí, a comienzos del siglo XXI todavía no se ha producido la confluencia entre las tradiciones europeas y nor-

beneficio de la visión francesa del Estado y de la separación de poderes; visión que en su afán de sepultar el “antiguo régimen”, condena a la función judicial a desempeñar un rol absolutamente subsidiario y dependiente frente a los otros poderes públicos.

En efecto, a diferencia de lo que ha ocurrido con las otras dos funciones clásicas del Estado, en Ecuador, la función Judicial ha sido concebida, desde la Constitución de 1830, como un poder no solo subsidiario, sino realmente desconectado de las otros dos. La “subsidiaridad” se consigue a partir de la adopción irreflexiva y acrítica de la teoría positivista del derecho⁸ que considera que el derecho, una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez⁹. La “desconexión de la jurisdicción” respecto de las otras funciones del Estado se consigue a partir de la consideración de esta función como un poder jurídico independiente y aséptico, en el cual las razones políticas, que tanto influyen en los otros poderes, no entran en juego¹⁰. En este contexto, el juez ha sido presentado por la teoría jurídica nacional como un ser neutral, un verdadero autómatas, cuya subjetividad, moral o política, en nada incide en sus decisiones, y cuya función se reduce a conocer y encontrar aquella única respuesta correcta que necesariamente contiene el ordenamiento jurídico.

Pero ya desde los años 30 del siglo pasado, cuando los realistas y anti-formalistas norteamericanos hicieron sus críticas a la teoría positivista del derecho, se demostró que los jueces, en su trabajo cotidiano, no actúan

teamericana de constitucionalismo, que se produjo en Europa a partir de las Constituciones de las entreguerras y particularmente después de la Segunda Guerra Mundial.

- 8 Como se sabe, Norberto Bobbio entiende que la expresión positivismo jurídico tiene tres significaciones o ámbitos de aplicación separados: el “positivismo metodológico”, que hace referencia a un método de estudio del derecho; el “positivismo teórico o teoría positivista del derecho”, que considera al derecho como sinónimo del derecho del Estado y el derecho del Estado como equivalente a la ley; y positivismo ideológico o ideología positivista, que considera que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de haber sido adoptado de manera válida. Sobre el particular, ver: A. Squella, *Positivismo jurídico y democracia*, Santiago, Academia Chilena de Ciencias Sociales, 1989, pp. 3 a 20.
- 9 Según la teoría jurídica positivista el Derecho es un sistema de normas autorreferente, coherente, único y Completo, que debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez. Sobre el particular, ver: L. Prieto Sanchis, *Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 323 a 325.
- 10 Sobre la consideración de la función judicial como un poder exclusivamente jurídico que ni interviene ni debe intervenir en el proceso político, ver: J. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 893.

como autómatas ciegos, ni la jurisdicción es ese “poder nulo y terrible” alejado de la política del que hablaba Montesquieu. Las prácticas de los tribunales y los principios y reglas que guían el tránsito de la regla general a la decisión particular no son una operación de subsunción lógica, sino un proceso de interpretación y argumentación¹¹ racional de las decisiones sobre la base del sentido común, de los valores, del balance de los intereses políticos y de la idea de justicia imperante en la sociedad¹².

Justamente es en este ámbito de la política jurídica donde, con independencia de valoraciones políticas partidistas y de los intereses personales de defensores y contradictores del proceso constituyente ecuatoriano del 2008, la nueva Constitución refleja una ruptura epistemológica respecto del modelo de jurisdicción y de justicia a que nos hemos referido en los párrafos anteriores. En efecto, la Constitución, como parte de su perfil ideológico, abandona conscientemente, y ojalá de manera definitiva, la teoría jurídica positivista prevaleciente en Ecuador, para ser reemplazada por un entendimiento complejo y sustancial de la democracia¹³ que, de hacerse efectiva, producirá la eliminación de los desequilibrios existentes entre los distintos poderes públicos a través del fortalecimiento del papel de la rama judicial dentro de la arquitectura constitucional.

En el caso ecuatoriano, el rechazo al presidencialismo patrimonialista que ha caracterizado la vida política del país en los últimos cien años, unido a la profunda crisis de legitimidad que sufre el modelo parlamentario racionalizado imperante en el Ecuador, ha producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene en la nueva Carta un papel protagónico hasta ahora

11 Sobre el particular, ver: A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Ediciones Eudeba, 1997, pp. 143 y ss.

12 La ley, según esta concepción, no sería más que un intento, más o menos fructífero de llevar a la práctica esta idea.

13 Este entendimiento sustancial de la Democracia está basado en: a) la constitucionalización total del ordenamiento jurídico; b) la eficacia plena de los valores jurídicos representados en los derechos fundamentales; c) la transformación del juez en el verdadero artífice de las relaciones Estado - sociedad. Sobre el particular, ver: L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 23 y ss.

desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales. Concretamente, la asunción por parte de los ordenamientos constitucionales del carácter normativo de la totalidad de las normas constitucionales y la centralidad que ha asumido el capítulo de derechos y garantías dentro de la Constitución, producirá la aplicación directa de la mayoría de los preceptos constitucionales, con lo cual la justicia se transforma irremediamente. El ejercicio de esta función ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que la labor de los jueces se transforma en el mecanismo de control de la legitimidad constitucional de los quehaceres del Estado, lo cual quiere decir que, a partir de la aprobación popular de la nueva Constitución, los jueces no solo aplicarán la ley sino que además comenzarán a participar en la definición y control de las políticas públicas e incluso, en casos extremos, los jueces deberán intervenir en la ejecución de tareas tan técnicas y especializadas como de programación y ejecución financiera y presupuestaria, a través del control de la constitucionalidad de las normas por parte de la justicia constitucional y de la aplicación directa e interpretación de los derechos fundamentales por parte de los jueces ordinarios.

Éste es el nuevo modelo de justicia que recoge, no sin contradicciones y dificultades, el título cuarto de la nueva Constitución, capítulo cuyo examen procederemos a hacer a continuación.

III. Principios constitucionales relativos a la justicia

Como se sabe, los fundamentos políticos e ideológicos de la Constitución se concretan en las secciones que recogen los principios constitucionales sobre determinada materia. En el caso de la función judicial, los principios que reflejan la visión política de los constituyentes referente al poder estatal del juzgar se encuentran en el capítulo IV del título IV de la nueva Constitución. Concretamente, las tres primeras secciones del capítulo IV se ocupan de los principios de organización y funcionamiento de la administración de justicia y de la función judicial. Los más importantes principios son los siguientes:

3.1. La sujeción de la justicia a la Constitución

Si bien el principio de sujeción de la justicia a la Constitución no está explícitamente reconocido en el texto constitucional, o por lo menos no lo está en la sección relativa a los principios de administración de la justicia, eso no significa que el constituyente no lo haya consagrado. Lo que ocurre es que está erróneamente ubicado en la sección tercera del capítulo 4, relativo a la función judicial, cuando debería ser el primero de los principios de administración de justicia.

En ese sentido, si hacemos caso omiso a las abundantes dificultades formales de la Constitución, derivadas de su apresurada concordancia por parte de la Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente, podemos concluir, sin forzar demasiado el texto constitucional, que el artículo 172, inciso 1, en realidad recoge el principio de sujeción de la administración de justicia a la Constitución.

De manera sencilla, este principio prescribe que en un Estado constitucional de los derechos, como el ecuatoriano, todas las personas que administren justicia están sujetas y deberán atenerse preferentemente, en su actividad jurisdiccional, al texto de la Constitución, en tanto ésta es la norma jurídica más importante y la fuente de todas las demás.

Su consagración literal en la nueva Constitución es muy importante por dos razones básicas:

- Porque permite dotar de legitimidad democrática directa a las decisiones de las personas, órganos e instituciones que administren justicia en tanto sus decisiones se toman a nombre del pueblo y por su autoridad y con base en la aplicación directa del texto redactado por el constituyente primario¹⁴. En ese sentido, la legitimidad democrática de la justicia no es como hasta ahora, una legitimidad indirecta, a través de la ley como expresión de la voluntad general, sino que es una legitimación directa derivada del propio pueblo, a través de la Constitución.
- Porque es la manifestación concreta de la superación del principio de legalidad formal, o estricta legalidad, que ha imperado en Ecuador

¹⁴ En relación con la legitimación supra jurídica de la Constitución, ver: I. De Otto, *Derecho Constitucional*, sistema de fuentes, Barcelona, Editorial Ariel, 1997, pp. 25 y 26.

desde el comienzo de la República, y que condenaba al juez, en sus decisiones, a soportar una dependencia material frente al legislador que, como se analizó más arriba, significaba el desconocimiento real de la separación de poderes. Tal legitimación democrática directa es muy importante porque sin ella toda la construcción ideológica y jurídica del Estado constitucional de los derechos se desvanecería pues solamente la vinculación de quienes administran justicia a la Constitución garantiza la eficacia plena de los derechos, que es fundamento y fin último del nuevo Estado ecuatoriano.

3.2. La separación entre administración de justicia y función judicial

En la historia constitucional iberoamericana, el poder judicial ha recibido, alternativamente, como si de sinónimos se tratara, los nombres de administración de justicia y de función judicial, según se ponga el acento en la parte funcional u orgánica. Por otra parte, la denominación poder o función judicial se ha utilizado en las constituciones de carácter progresista y liberal, mientras que el nombre administración de justicia se ha esgrimido en aquellas cartas constitucionales de origen conservador o moderado¹⁵.

El proyecto de nueva Constitución separa las nociones. La primera la utiliza para designar la potestad general de impartir justicia, mientras que la segunda noción es usada para describir el aparato estatal de justicia. El constituyente decidió abandonar la sinonimia a efectos de reconocer, constitucionalmente, el pluralismo jurídico propio del Ecuador, sin tener que sacrificar el principio liberal de unidad jurisdiccional. Según el nuevo texto constitucional¹⁶, la potestad de administrar justicia es una atribución que puede ser ejercida no solo por el Estado, a través de sus órganos y funciones, sino también por otros sujetos de derecho como son los pueblos y comunidades indígenas y las personas individualmente consideradas¹⁷.

15 Sobre el particular, ver: J. Pérez Royo, *op. cit.*, p.897.

16 Constitución del 2008, artículo 167.

17 En esto, la nueva Constitución ecuatoriana se inscribe formalmente en la línea política de lo que se conoce como nuevo paradigma constitucional o nuevo constitucionalismo latinoamericano que, como parte del reconocimiento del carácter plurinacional y pluricultural de los Estados latinoamericanos, y particularmente del nuevo Estado ecuatoriano, hace un reconocimiento explícito del

Si hacemos una lectura crítica del texto constitucional, y como una cosa es la intención del constituyente y otra diferente la norma finalmente aprobada, es obvio que la redacción final de la norma desconoce la intención del constituyente. Específicamente, el artículo 168 de la nueva Constitución pretende establecer cuáles son los principios rectores de la administración de justicia en general, lo cual significaría que buscaría definir los principios que reglan la actividad jurisdiccional no solo de los órganos estatales que cumplen funciones judiciales, sino también de los particulares que administran justicia y de las formas de justicia indígena y comunitaria que reconoce la Constitución. Sin embargo, lo que hace es recoger los principios clásicos relativos al poder judicial estatal que traen todas las constituciones del mundo¹⁸.

Sin olvidar la importancia de estos principios, es evidente que salvo el principio de acceso a la justicia, que tiene un carácter más amplio y general, los demás se refieren a la función judicial estatal, produciéndose una falta de coherencia que denota las prisas con que se hizo la compilación final de la Constitución, o bien, demuestra la vaciedad del discurso pluralista de los redactores de la Constitución. En cualquier caso, la solución se debe buscar en la interpretación que la Corte Constitucional haga de tales principios.

3.3. La independencia de la justicia

La independencia de la justicia busca que aquellas personas que administren justicia, y particularmente los jueces, se sientan libres de tomar sus decisiones sin temer retaliaciones de otros órganos o poderes. En el constitucionalismo histórico comparado, esta independencia era entendida como una garantía individual de que eran titulares los jueces en el ejercicio de sus funciones.

derecho y la justicia indígenas como una justicia válida dentro del Ecuador, sin que eso signifique que sea una justicia estatal o que tenga una relación jerárquica de dependencia con el aparato judicial ordinario.

18 El artículo 168 de la nueva Constitución habla de los principios de independencia y autonomía de los órganos de la función judicial, de unidad jurisdiccional, de acceso a la justicia, de la publicidad de los procesos y de la oralidad.

Sin embargo, la tradicional comprensión de la función de juzgar como poder “nulo e invisible” que, como se dijo, hizo fortuna en Ecuador, produjo, en lo concerniente a la aplicación de este principio, su vaciamiento, pues so pretexto de la independencia se llegó a la arbitrariedad absoluta de los jueces, quienes no respondían jurídicamente ante nada ni ante nadie. Por ello, uno de los propósitos centrales de la Asamblea Constituyente, en relación con la administración de justicia, fue la re-materialización del principio de independencia para hacerlo operante y vinculado con el principio de responsabilidad.

Sin embargo, la nueva Constitución no se limitó a normativizar el principio de independencia individual de los jueces (llamada por la Constitución independencia interna), sino que le dio un sentido novedoso. Concretamente, el artículo 168 de la nueva Constitución cambia el alcance del principio de autonomía individual de los jueces para darle un contenido claramente institucional (independencia externa), de tal suerte que la afirmación del principio de independencia se hace de la justicia y no respecto del juez¹⁹.

Ahora bien, el alcance de esa autonomía e independencia externa no es idéntico para todas las personas e instituciones que administran justicia en el país. Mientras la autonomía de los particulares y de las autoridades indígenas, cuando administran justicia, es casi total, pues pueden incluso aplicar su derecho propio distinto del derecho nacional con la sola limitación de mantenerse en sus decisiones dentro del amplio marco de la Constitución, y la independencia de los órganos autónomos (la fiscalía y la defensoría pública) es muy amplia, ya que abarca también la posibilidad de definir y manejar su propio presupuesto²⁰; el resto de los órganos de justicia tienen una autonomía bastante limitada porque la función judicial ecuatoriana es tan solo desconcentrada y, por lo tanto, los distintos tribunales y juzgados de la justicia ordinaria dependen jerárquica, administrativa y presupuestariamente del Consejo de la Judicatura, con lo que la citada independencia queda limitada a garantizar la libertad del juez frente a sus deci-

19 Eso es lo que expresa el numeral 2 del artículo 168, cuando determina que la justicia “gozará de autonomía administrativa, económica y financiera” y que se concreta en la existencia y atribuciones del Consejo de la Judicatura como órgano rector de la política pública de justicia del país.

20 Constitución del 2008, artículo 181, numeral 2.

siones, así como su inamovilidad una vez obtenido el cargo a través de un concurso público de méritos.

3.4 El principio de responsabilidad

El principio de responsabilidad está estrechamente vinculado con el de independencia. La idea que subyace es que el juez, en su accionar, no debe depender más que de su propia conducta individual y de su sujeción a la letra de la ley.

Sin embargo, la independencia de los jueces fue tan mal entendida en el país que, con la excusa de la intangibilidad de las decisiones judiciales, llegó a vulnerar, en muchos casos, la motivación de las sentencias, principio básico del derecho liberal, que en Ecuador era, hasta hace muy poco, algo más que letra muerta. Adicionalmente, impidió el desarrollo de una justicia independiente y convirtió al poder judicial en un sistema politizado al servicio de los intereses de las clases dominantes.

Por esta razón, los constituyentes consideraron necesario establecer el principio de responsabilidad, de tal suerte que aquellos operadores de justicia que violen el principio de independencia o desconozcan sus obligaciones están sujetos a responsabilidad.

Pero, ¿qué tipo de responsabilidad se puede imputar a una persona que administre justicia? De acuerdo con la nueva Constitución, los operadores de justicia pueden incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa. Obviamente, la responsabilidad penal es la que tiene más trascendencia al punto de que existe en el Código Penal un título de la parte especial del código²¹ destinada a regular los delitos contra la administración pública, entre los que se encuentran algunos específicos contra la actividad judicial; pero la responsabilidad administrativa y disciplinaria es también esencial, a tal punto que una de las funciones más importantes del Consejo de la Judicatura es la facultad sancionatoria. La menos importante es la responsabilidad civil, aunque eventualmente los jueces pueden causar un daño antijurídico y deberán repararlo de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

21 Código Penal, específicamente el título 3, artículos 218 y ss.

3.5. La unidad jurisdiccional

En virtud de este principio capital de la organización de la administración de justicia liberal, ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones judiciales a excepción de los jueces y funcionarios judiciales pertenecientes a la función judicial.

Como se sabe, la adopción de este principio fue al comienzo del Estado liberal europeo uno de los elementos más importantes que permitió luchar contra el régimen de privilegios que sustentaba el “antiguo régimen” y contra la utilización de la justicia como instrumento de venganza y persecución política. En la actualidad, este principio se manifiesta en la idea de que la justicia debe ser administrada única y exclusivamente por magistrados y jueces integrantes del poder judicial, de tal suerte que, en principio, no podría haber una sola manifestación de justicia que escapara de este precepto.

En el caso de la nueva Constitución ecuatoriana, este principio, después de un intenso debate en las comisiones 3 y 8 de la Asamblea Constituyente, fue recogido en el numeral 3 del artículo 168. Y el debate se debió justamente a que la adopción de este principio, si bien busca eliminar la existencia de fueros y tribunales especiales tales como la justicia militar²², sin embargo, al estar anclado en una concepción monista del derecho, desconoce, en la práctica, la realidad jurídica ecuatoriana, que es plural y pluralista.

En ese sentido, los constituyentes ecuatorianos del 2008 no solo olvidaron la tendencia universal del constitucionalismo contemporáneo de relativizar este principio, sino que lo hicieron atentando directamente contra el proceso político y la realidad jurídica ecuatoriana, que nos muestra que existen no solo diferentes jurisdicciones, sino distintas justicias y sistemas de derecho. La asunción constitucional del principio de unidad jurisdiccional no solo contradice la propia realidad institucional creada por la Constitución que ha otorgado facultades judiciales a otros poderes del Estado, como es el caso de la atribución de potestades judiciales al ejecuti-

22 En el caso ecuatoriano, la nueva Constitución elimina el fuero militar al establecer en el artículo 188 que los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional serán juzgados por la justicia ordinaria.

vo en el caso del cobro coactivo de impuestos o el otorgamiento de funciones judiciales a la función electoral, sino que desconoce el pluralismo jurídico y el carácter plurinacional y pluricultural del Estado ecuatoriano.

Y lo hace, además, de una forma contradictoria y antitécnica, porque lo hace reconociendo en la misma norma que existen potestades jurisdiccionales en sedes distintas a la justicia ordinaria. El resultado es un “frankenstein” jurídico que, en su afán de contentar a todos, no logra su objetivo y, por el contrario, deja descontentos a cada uno. Con independencia de la retórica constitucional, lo cierto es que, en la práctica, en Ecuador no existe unidad jurisdiccional y no puede existir porque el constituyente olvida que en nuestro país coexisten múltiples derechos y una variedad grande de culturas jurídicas reconocidas y validamente aplicables y, por lo tanto, el esfuerzo constituyente no es más que una quimera, un intento de “tapar el sol con los dedos”.

IV. La estructura de la Función Judicial en la nueva Constitución

En cuanto a la organización y funcionamiento de la justicia en el país, la Constitución incorpora un capítulo en el que se desarrollan los principios de organización de la justicia estatal. Al respecto, la carta fundamental nos habla de que la función judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos, dejando al legislador ordinario un gran espacio de configuración.

Entre los órganos jurisdiccionales, es decir aquellos encargados de administrar la justicia ordinaria, tenemos a la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de Justicia, los tribunales y juzgados y los jueces de paz; el órgano de gobierno y administración de la rama judicial es el Consejo de la Judicatura; mientras los órganos auxiliares de la justicia son el servicio notarial y los martilladores y depositarios judiciales, y otros que la ley determine; finalmente, los órganos autónomos son la Fiscalía General del Estado y la defensoría pública²³.

23 Constitución del 2008, artículo 178.

4.1. La nueva justicia ordinaria

En cuanto a la justicia ordinaria, la principal innovación y punto de conflicto de la nueva Constitución, en materia de justicia, es la transformación de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Nacional de Justicia.

No se trata simplemente de un cambio semántico, sino que la nueva Constitución pretende revolucionar la concepción de la justicia y la cultura jurídica imperante en el país. Independientemente del carácter político partidista²⁴ del debate, que en torno a la nueva justicia ordinaria se dio al interior de la Asamblea Constituyente, y dejando a un lado los evidentes intereses personales de perpetuación de las elites judiciales del país, lo que hay detrás de la impugnación judicial a la nueva Constitución y al establecimiento de una justicia constitucional autónoma y poderosa, es la lucha final del positivismo jurídico criollo por impedir la constitucionalización del derecho y la consolidación de la Constitución como norma.

No hay que olvidar que la existencia de una Corte Suprema de Justicia, la reducción del debate jurídico a los ámbitos de la estricta legalidad y la negativa furibunda de los jueces ordinarios a aceptar el control constitucional excepcional de los fallos judiciales garantizaba el mantenimiento de la ley como única fuente del derecho. Lo que olvidan los defensores de esta posición jurídica es que desde la aparición del Estado social de derecho, en las constituciones de la primera post guerra mundial, pero especialmente con la adopción del modelo garantista de constitucionalidad, la ley ha dejado de ser el centro de la normatividad estatal para dejar su lugar a la Constitución y, por consiguiente, los tribunales y cortes encargadas de tutelar el principio de legalidad deben adaptar su estructura y funcionamiento a esta “nueva situación”.

En el caso ecuatoriano, la decisión del constituyente de transformación del constitucionalismo formal, anteriormente dominante, en un constitucionalismo sustancial y material pasa, necesariamente, por un rediseño institucional de la máxima Corte de la legalidad, parte del cual implica cam-

24 Aquí no hay que soslayar la evidente influencia que el partido Social Cristiano ha tenido y sigue teniendo en la composición y funcionamiento de la justicia ecuatoriana y la necesidad que tiene esta agrupación política de mantener el control sobre el último reducto de su poder, antes absolutamente incontrovertido y hoy en proceso de disolución.

biar su nombre para denotar la inexistencia de poderes supremos distintos a la propia Constitución. En ese sentido, la nueva Corte Nacional de Justicia será un tribunal poderoso, con amplias atribuciones de control de la legalidad, pero necesariamente vinculada a los principios y valores de la nueva Constitución.

Pero los cambios no se quedan en el ámbito de la filosofía política de la nueva jurisdicción ordinaria. También hay importantes innovaciones en cuanto al funcionamiento del sistema. La principal de ellas tiene que ver con el número de magistrados de la nueva Corte Nacional de Justicia y con los mecanismos de designación de los mismos. En relación con el número, la nueva Constitución racionaliza la cantidad de magistrados en función del tamaño del Ecuador y de las verdaderas necesidades de justicia del país. Así mismo le devuelve la dignidad y jerarquía al cargo de magistrado, porque solo muy pocos y exclusivamente los mejores juristas del país podrán acceder a tal investidura.

Respecto de los mecanismos de designación, el establecimiento de un período fijo de funciones²⁵ y la eliminación de la cooptación y su reemplazo por un sistema meritocrático es una mutación trascendental que profesionalizará y despolitizará al máximo la jurisdicción. Asimismo, se establecen procedimientos de fiscalización ciudadana a la labor de los jueces ordinarios, que legitiman popularmente la función judicial y llevan la democracia participativa a una función tradicionalmente oscura y alejada de los intereses populares.

4.2. El Consejo de la Judicatura

Como se dijo más arriba, a las garantías clásicas (individuales) a la independencia de los jueces, la nueva Constitución, siguiendo el ejemplo de países con democracias consolidadas, como Italia, Portugal o España, ha considerado necesario diseñar una garantía institucional a la autonomía del poder judicial. Se trata del Consejo de la Judicatura.

A pesar de una redacción casuista y farragosa, que no define qué es el Consejo de la Judicatura, la nueva Constitución, en su artículo 181, deter-

²⁵ Nueve años sin reelección.

mina que es el órgano encargado de definir y ejecutar las políticas de modernización del poder judicial, definir el presupuesto de la rama, establecer las escuelas de formación de jueces y dirigir los procesos de selección pública de los funcionarios judiciales, lo que significa que este organismo es el ente encargado del gobierno y administración de la justicia.

Es, en últimas, un órgano especializado, creado por la Constitución para sustraer de la influencia del Gobierno las competencias administrativas relativas a la justicia.

En cuanto a su mecanismo de designación y su composición, el artículo 179 de la nueva Constitución nos dice que estará integrada por nueve vocales con sus respectivos suplentes, quienes serán designados por concurso público de méritos, sujetos a veeduría ciudadana, para un período institucional de seis años, sin posibilidad de reelección. Norma que resalta el carácter técnico y administrativo del Consejo de la Judicatura, pues sus integrantes no son jueces ni magistrados sino vocales, con una función gerencial y política nunca jurisdiccional.

Finalmente, en cuanto se refiere al control de su actividad, el Consejo de la Judicatura no está sometido a ningún control político directo de otros poderes del Estado, si bien presenta un informe anual ante la Asamblea Nacional, igual que ocurre con el resto de las entidades del Estado ecuatoriano. Este sistema garantiza la independencia de los vocales y promueve la profesionalización y despartidización de la justicia en el Ecuador.

Ahora bien, esta mutación en la concepción y en el ejercicio de la judicatura no ha sido un proceso pacífico. Los poderes públicos afectados por esta nueva cultura jurídica y especialmente el Ejecutivo, verán con profunda desconfianza el nuevo rol del Consejo de la Judicatura y de los jueces en general y más tarde o más temprano, plantearán la necesidad de realizar reformas constitucionales que limiten la autonomía del poder judicial y restauren el antiguo equilibrio entre poderes, propio del liberalismo decimonónico, que circunscribía la acción institucional de los jueces a la simple función de declarar el derecho, mientras el ejecutivo y el legislativo se disputaban la función legislativa, especialmente en aquellas materias relacionadas con la efectivización de los mandatos programáticos establecidos constitucionalmente a través del ejercicio de las potestades reglamentarias. La independencia de la función judicial es una de las mayores victorias del consti-

tucionalismo democrático y deberá ser preservada con uñas y dientes ante los eventuales intentos de dar marcha atrás.

4.3. Los órganos autónomos

La nueva Constitución establece dos órganos judiciales autónomos: la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública.

En cuanto a la Fiscalía, el nuevo texto Constitucional, recogiendo un planteamiento del Gobierno Nacional²⁶ de crear una fiscalía autónoma, de naturaleza jurisdiccional, que reemplace al antiguo ministerio fiscal, que como se sabe es, según la Constitución de 1998 un órgano de Control, lo cual significa una racionalización muy importante de la estructura del Estado, al devolver a su lugar natural una de las principales funciones del Estado como es la dirección de la investigación y acusación penal y la responsabilidad de llevar adelante, a nombre del Estado, la acción pública.

Adicionalmente la Constitución avanza en la despartidización y despolitización de la función acusatoria y fortalece la autonomía de la rama jurisdiccional al establecer un sistema meritocrático de designación del Fiscal General, proceso que deberá ser desarrollado por la ley.

En lo atinente a la Defensoría Pública, la nueva Carta fundamental constitucionaliza y fortalece este organismo como un medio de garantía institucional del acceso a la justicia y como un instrumento de desarrollo concreto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La idea es que todas las personas, sin importar su condición social, económica o cultural, tengan derecho al patrocinio de un abogado y acceso a una defensa técnica y oportuna.

4.4. Los órganos auxiliares de la justicia

En el acápite destinado a lo que el constituyente llama “órganos auxiliares de la justicia”, la nueva Carta trae una de las más importantes innovaciones orgánicas del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. Se trata de la con-

²⁶ Ver Documento Propuesta Constitucional del Gobierno Nacional presentada a la Comisión del CONESUP.

versión de la función notarial en una función pública directamente prestada por el Estado.

Como se sabe, el ejercicio de la fe pública en Ecuador, como resultado de una tradición hispánica funesta, que se remonta a la Edad Media, estaba entregada a los particulares, quienes prestaban el servicio notarial, sin apenas control por parte de nadie. Los notarios en Ecuador se comportaban como poderosas y ricas “republicas independientes” que no daban cuentas de nada ni a nadie. Las notarías, en Ecuador, eran el premio mayor, que permitía a políticos en retiro y familiares de los detentadores del poder, enriquecerse y hacer inmensas fortunas a costa de la necesidad de la ciudadanía.

Aparte de corresponder a un anacronismo jurídico, que tenía su razón de ser en la Edad Media castellana pero que desconoce la realidad latinoamericana del siglo XXI, en el caso ecuatoriano, la privatización de la función notarial era la muestra más evidente de la inexistencia del Estado ecuatoriano y, por consiguiente, la refundación del Estado pasaba, necesariamente, por cambiar este estado de cosas.

Aparte de la reinstitucionalización del Estado, la principal ventaja del nuevo sistema notarial que inaugura la nueva Constitución es que racionaliza los costes del servicio y devuelve al Presupuesto General del Estado importantes recursos que antes quedaban íntegramente en manos de unos pocos privilegiados. Asimismo democratiza el acceso a esta función a través de la creación de una carrera notarial que deberá determinar la ley.

Sin embargo no todo son buenas cosas, en la nueva Constitución. Violando el principio de reserva de ley y la legitimidad democrática que debe tener toda función pública, inexplicablemente, la Constitución entrega al Consejo de la Judicatura la potestad de determinar el número de notarías y el régimen jurídico y de personal de la función notarial, generando un potencial foco de corrupción al interior de la administración pública.

V. La justicia indígena en la nueva Constitución

El último elemento del régimen de administración de justicia es la regulación constitucional de la justicia indígena, el cual está establecido lacónicamente en el artículo 171 de la nueva Carta. Este régimen constitucional, sin

lugar a dudas, es la principal decepción de la nueva Constitución en materia de administración de justicia, por las razones que se explican a continuación.

Como se sabe, el reconocimiento del pluralismo jurídico es uno de los elementos más importantes del nuevo modelo constitucional que se ha desarrollado en América Latina en los últimos 20 años y uno de los fundamentos básicos del nuevo Estado constitucional de los derechos. La principal consecuencia jurídico-constitucional de este reconocimiento lo encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes que rigen en los sistemas constitucionales latinoamericanos a raíz del reconocimiento del pluralismo jurídico, característico de estas sociedades, transformación que ha implicado hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, en el caso ecuatoriano, el pluralismo jurídico, reconocido en beneficio de los pueblos indígenas y otros pueblos y comunidades ancestrales, implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios:

- La legislación general, aplicable a todos los ecuatorianos, y en tal virtud a los miembros de los pueblos indígenas individualmente considerados, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales, es decir estamos hablando de la aplicación del derecho general con un relativo grado de adecuación cultural.
- La legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una medida de discriminación positiva favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los Convenios y Tratados Internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias.
- Y finalmente, los sistemas jurídicos propios que, como lo hemos dicho, en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derecho reconocidos

constitucionalmente y, en esa medida, válidamente aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de los pueblos indígenas y que, como se sabe, están implícitos en su historia cultural, concepción espiritual, mitología y cosmovisión particulares, así como en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso aprovechamiento y conservación de sus territorios.

Estos sistemas jurídicos se caracterizan por poseer concepciones particulares del derecho, la justicia, la autoridad, el poder y la representación, mediadas por instituciones culturales propias y determinadas por los principios de armonía social y espiritual con la naturaleza, cuya principal fuente es la historia cultural propia contenida en las palabras y en la memoria de sus ancianos, de tal manera que en la mayoría de las tradiciones indígenas, todos los instrumentos jurídicos tienen origen, espíritu, función y utilidad independiente y autónoma del ser humano individualmente considerado.

En otras palabras, a partir del reconocimiento de la diversidad cultural de las distintas naciones latinoamericanas, cuya composición es multiétnica, en estos países habría cobrado un nuevo significado aquella antigua teoría del “equivalente jurisdiccional”, construida originariamente por los procesalistas italianos²⁷, para resolver los problemas que generaba la aplicación de mandatos jurídicos provenientes de otros ordenamientos fundados sobre principios e intereses distintos al Estado en que debían cumplirse, y que condicionaba la eficacia de la decisión extranjera a su homologación por los jueces nacionales; puesto que en el caso del pluralismo jurídico derivado del reconocimiento de ciertos “derechos colectivos” a los pueblos indígenas, no se produce, en estricto sentido, una homologación de decisiones al interior de un único orden jurídico válido a través de la cual se determina su posición en el ordenamiento, sino que estamos en presencia de una yuxtaposición de diferentes órdenes normativos independientes, con lo cual la discusión pasa del plano de la jerarquía normativa, al plano de la complementa-

27 Ver: F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Utetha, 1994.

riedad y colaboración horizontal entre órdenes e instituciones jurídicas teóricamente iguales²⁸.

En ese sentido, la existencia de ese nuevo modo de entender el sistema de fuentes demuestra, no sin importantes tensiones, que el derecho nacional oficial, proveniente de la tradición filosófica del constitucionalismo occidental no monopoliza la realidad jurídica latinoamericana actual, es decir que no existe en estos países un monopolio estatal de las fuentes del derecho, ya que los distintos grupos sociales tienen facultades normativas autónomas en las esferas que les son propias, es decir tienen la capacidad de generar sus propios ordenamientos jurídicos.

La pregunta que inmediatamente surge es si existe o no la posibilidad de establecer principios y prácticas de coexistencia y de convivencia entre estas diferentes concepciones de justicia y de derecho. La lectura de los ordenamientos constitucionales parece indicar que constitucionalismo y multiculturalismo no son términos necesariamente excluyentes como piensan algunos representantes de la derecha europea²⁹ y que, por consiguiente, es posible establecer mecanismos de articulación entre las distintas tradiciones jurídicas que se yuxtaponen en la realidad geográfica ecuatoriana.

Ahora bien, la frustración surge de la manera en que esa experiencia cultural fue valorada por la Asamblea Constituyente y plasmada normativamente en el artículo 171 de la nueva Constitución. Lamentablemente, en un retroceso del propio artículo constitucional de 1998 y en una lectura etnocéntrica y culturalmente miope de lo que significa el constitucionalismo y los derechos humanos, los redactores de la Constitución interpretaron el derecho de las comunidades indígenas a tener su propio derecho en el sentido más restrictivo posible, interpretación que desconoce los avances del

28 Como han resaltado los defensores del pluralismo jurídico, éste se caracteriza por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y en la coordinación, reemplazando la coerción vertical, por la reciprocidad y el entendimiento horizontal, con la importante consecuencia de que el ordenamiento jurídico deja de privilegiar el elemento de la coerción y la fuerza para ser sustituido por el ámbito de la persuasión.

29 Éste es el caso de Giovanni Sartori, quien en una de sus últimas obras plantea, de manera provocadora, la profunda contradicción que existe entre el valor del pluralismo, sobre el cual se estructura el desarrollo de la cultura constitucional, y el multiculturalismo entendido como un valor. Ver: G. Sartori, *La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Editorial Taurus, 2001.

multiculturalismo y del derecho internacional de los derechos humanos en los últimos veinte años.

En ese sentido, a pesar de que Ecuador ha ratificado el convenio 169 de la OIT y ha suscrito la Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas del 2007, en el artículo citado, inexplicablemente, estableció lamentables limitaciones al ejercicio del derecho y las jurisdicción indígenas tales como:

- Su constreñimiento a un supuesto ámbito territorial indígena, sin que previamente se hayan definido de forma clara cuáles son los territorios indígenas en los que se puede aplicar dicha jurisdicción.
- Asimismo, se limita la aplicación de la justicia indígena a lo que en la antropología jurídica se conoce como conflictos intraétnicos, desconociendo que en aquellos territorios de mayoría indígena viven también mestizos, que en la medida en que habitan estos territorios deberían sujetarse a las normas indígenas.
- Finalmente, hacen depender esta autonomía jurisdiccional de su sujeción a las disposiciones constitucionales y aquellas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la mayoría de los cuales fueron redactados en el escenario de la descolonización del tercer mundo y que, por tanto, obedecen a una visión racista y monopólica de la cultura, que no toma en cuenta las realidades multiculturales latinoamericanas y particularmente del Ecuador.

La muestra de las consecuencias indeseables de la redacción del nuevo texto constitucional sobre la justicia indígena lo encontramos en un artículo en el diario El Comercio de Quito, del constitucionalista ecuatoriano Fabián Corral, en el que se plantea la interpretación obvia de esta disposición. Dice el citado articulista:

El proyecto de Constitución Política del Estado contiene normas importantes sobre la justicia indígena, incluye poderes a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades, atribuye derechos colectivos a esas entidades, les entrega facultades sobre la explotación de recursos naturales, y expande el tema de la justicia indígena.

- 1.- El Convenio OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y la Constitución de 1998.- El Ecuador forma parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere, entre otros temas, a la justicia indígena. Como derivación y consecuencia de su ratificación, la Constitución de 1998 estableció, en el art. 191, la posibilidad de que las autoridades de los pueblos indígenas apliquen normas o procedimientos provenientes -exclusivamente- de su derecho consuetudinario, para la solución de conflictos internos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

Tanto el Convenio 169 como la Constitución de 1998 sujetan el derecho indígena a estas condiciones: (i) que el origen de las facultades sea exclusivamente la costumbre, debe ser por tanto un 'derecho ancestral' evidente y probado; (ii) que se circunscriba a la solución de disputas internas entre los miembros de la comunidad ; (iii) que sus prácticas no violen los derechos fundamentales, ni la Constitución ni las leyes. Se trata, por tanto, de costumbres legitimadas por el ordenamiento jurídico y sometidas a él.

- 2.- El proyecto de Constitución.- El primer inciso del art. 171 del proyecto dice: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales".

El proyecto contiene los siguientes cambios importantes (i) Se introduce una 'potestad jurisdiccional' en favor de la comunidades, pueblos, etc. Jurisdicción es la potestad legal de juzgar y ejecutar lo que se juzga. Como la 'jurisdicción' proviene de la ley y es un concepto propio del derecho procesal escrito y formal, hay dos posibilidades: o la intención de los asambleístas fue extender las facultades indígenas hacia ámbitos que van más allá de las simples costumbres o 'derecho ancestral'; o hay un grave error en el uso de conceptos técnico-jurídicos.

- (ii) La potestad de juzgar excede ampliamente a la costumbre. El proyecto constitucional distingue claramente entre 'tradiciones ances-

trales' y 'derecho propio' como dos fuentes distintas del poder de juzgar. El art. 57, nº 10 del proyecto establece que las comunidades y pueblos tienen derecho a 'crear su derecho propio'. Las preguntas que surgen son: ¿cuál derecho propio, un derecho escrito? ¿Tendrán las comunidades o pueblos la potestad de 'crear', más allá de la costumbre, otro derecho, por ejemplo, por la vía de los reglamentos y decisiones de asamblea de las comunas? ¿Se les está atribuyendo facultades legislativas paralelas?

Si esa es la idea -y no se trata de otro error- vendría un caos legal inmanejable, porque investidos de esas atribuciones, cada uno de los pueblos, comunas, anejos o recintos pretenderán contar con su propia legislación, y tendremos, no dos ordenamientos jurídicos, sino infinidad de sistemas paralelos en los más diversos asuntos. Uno será el régimen de propiedad aquí y otro más allá del vecindario. Unas las reglas ambientales en Guamote y otras en Zumbahua.

- (iii) Las funciones jurisdiccionales de las comunidades tendrían una 'base territorial', según el proyecto. Eso implica, primero, que toda comuna tendrá 'territorio', es decir, ámbito geográfico en el cual se ejercen potestades públicas con autonomía y supremacía cuasi estatal. Pero, además, el texto permitiría que incluso quienes no sean miembros de la comuna ni indígenas sean juzgados por autoridades comunales.

Sería suficiente que el acusado esté en su 'territorio' o pase por allí, que la infracción se produzca en él o tenga efectos allí. ¿Será la idea extender la justicia indígena a los no indígenas e incursionar con un derecho distinto, sancionador incluso, proveniente de las asambleas comunales y de sus dirigentes, en el mundo blanco mestizo? Esta incertidumbre se confirma cuando el art. 171 del proyecto distingue la potestad juzgadora extendida, de los métodos de solución de 'conflictos internos' que el texto trata como tema diferente. Una es la potestad de juzgar y otra el método alternativo de solución de disputas, en ese caso, sí, internas.

- (iv) Las decisiones de la jurisdicción indígena (sentencias) deben ser cumplidas por el Estado, y por los sentenciados, sin posibilidad de impugnación o apelación ante los jueces y tribunales comunes, ya que, además, esas decisiones no son susceptibles de control de lega-

lidad (casación, por ejemplo) sino solamente de control de constitucionalidad (¿?).

- (v) Las decisiones de las ‘autoridades indígenas’ no serán impugnables, ni siquiera por el Gobierno, ya que el art. 173 del proyecto dice que solo son impugnables por vía administrativa o judicial, los “actos administrativos de las autoridades del Estado”. Los dirigentes y las comunidades no son el Estado. Su poder confrontará con el de las autoridades formales y municipales.
- 3.- Los límites del Convenio 169.- Se podrá argumentar que el proyecto cumple lo pactado en el Convenio 169 de la OIT. Pero una breve comparación indica que las normas propuestas van mucho más allá. Así, el art. 9, n° 1 del Convenio textualmente dice: “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional, y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

O sea, no alude a la creación de otro ‘derecho propio’; la costumbre está sometida al derecho nacional y no sobre él; las costumbres se aplican solamente a los miembros de las comunidades y no a los demás. El proyecto sugiere algo distinto y más extenso.

En ese contexto negativo, para que la nueva Constitución no se convierta en un grave retroceso a los derechos étnicos y culturales, tal como lo plantea el artículo transcrito, es necesario resolver, a partir de un ejercicio de interpretación constitucional y ponderación, las contradicciones implícitas en un texto constitucional que, por un lado, se sustenta en el valor intangible de los derechos fundamentales y, por el otro, reconoce el valor de la plurinacionalidad y del pluralismo jurídico y ético, y esto solo es posible a partir de una deconstrucción y recreación del concepto mismo de derechos humanos, reformulándolo a partir de una lectura multicultural y pluriétnica³⁰.

30 Los más honestos esfuerzos de hacer una reconstrucción multicultural y pluriétnica de los derechos fundamentales en la cultura jurídica colombiana se le deben al profesor y ex magistrado de la Corte Constitucional ya fallecido, Ciro Angarita. Una antología de los escritos jurídicos más importantes del profesor Angarita en: J. Montoya y N. Remolina, *El pensamiento jurídico de Ciro Angarita Baron*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.

Pero, adicionalmente, la vigencia del derecho propio y el ejercicio de la justicia indígena no ha dependido de una expresión normativa que reconozca y potencie adecuadamente tal diversidad jurídica. Lo importante es la eliminación de las diferencias de poder entre los grupos de los que provienen los diferentes sistemas jurídicos, puesto que en la diferencia de poder y posibilidades de desarrollo de los distintos ordenamientos normativos es donde encontramos más claramente la trampa que actualmente enfrenta el diálogo multicultural referido al pluralismo jurídico. Cuando las culturas tienen poderes muy desiguales y si además existe, como en el caso de la relación entre los pueblos indígenas y la sociedad mestiza ecuatoriana, una secular historia de desigualdad, el diálogo eficaz se hace imposible siendo reemplazado por la imposición de nuevas formas de aculturación y etnocidio.

En definitiva, la potencialidad emancipatoria y progresista del multiculturalismo y del pluralismo jurídico, no depende tanto de la literalidad de los reconocimientos constitucionales, un primer paso importante que ya está dado, cuanto de la eliminación de las desigualdades materiales existentes en cada una de las culturas y esto, en Ecuador, está lejos de ser una realidad³¹.

31 B.Santos, "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena", en: AAVV., *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*, Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 y ss.

¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi

Tania Arias Manzano*

Sumario

I. Introducción. II. Elementos constitucionales de contexto. III. Organización territorial del Estado. 3.1. Mancomunidades. 3.2. Regiones. 3.3. Distritos Metropolitanos. 3.4. Unidades básicas de participación. 3.5. Territorios fronterizos y Amazonía. 3.6. Gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales. 3.7. Régimen de competencias. 3.8. Recursos económicos. IV. A modo de conclusiones: los retos futuros.

I. Introducción

Varios temas de trascendental importancia para el futuro del país, tratados en la Constitución elaborada en Montecristi, serán objeto de análisis y debate pero, sin duda, uno de los más polémicos, que mayor nivel de negociación implicó en el proceso de redacción de los textos constitucionales y que, probablemente, incidirá claramente en la reconducción del Estado y en

* Doctora en Jurisprudencia y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado Superior de Especialización en Contratación Pública y Modernización del Estado, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesora de Legislación de la Escuela Politécnica Nacional. tarias@gmail.com

la vida cotidiana de las ciudadanas y ciudadanos, es el complejo tema del ordenamiento territorial y el régimen de los denominados gobiernos autónomos descentralizados.

Al menos son cuatro los aspectos contenidos en la Constitución que modificarán sustancialmente el ordenamiento territorial, los niveles de gobierno y los sentidos de la descentralización: 1) la participación protagónica de la ciudadanía como un derecho en todos los asuntos de interés público¹; 2) la elección e integración de los gobiernos descentralizados autónomos², cada uno con sus competencias; 3) la constitucionalización de unidades básicas de participación; y 4) la conformación progresiva y obligatoria de regiones³.

En este artículo se analizan estos temas innovadores junto con una recopilación de los elementos contextuales indispensables para completar un marco de análisis de la nueva Constitución hacia los desarrollos legales necesarios para perfeccionarla. Para ello, proponemos una revisión del conjunto de la Constitución, partiendo de un detalle más general de las normas contenidas en los títulos I, II, III, IV, VI y VII del texto constitucional, dejando para el final el análisis más en particular del título V de la “Organización Territorial”.

Como antecedente, recordemos que la Constitución de 1998 promovió un modelo que ha sido denominado como “descentralización a la carta”, en el que la fuerza de negociación de los gobiernos locales, con mayor capacidad de movilización y exigencia, se imponía; que auspició, en definitiva, un esquema que no disminuyó las inequidades territoriales. La Asamblea Constituyente asumió el debate sobre estos temas con un proceso de descentralización agotado y con un modelo de desarrollo económico no inclusivo, territorialmente desequilibrado y sin capacidad de generar empleo productivo.

La pregunta inmediata es: ¿será posible que el modelo de organización territorial, de descentralización y autonomías que plantea la nueva Constitución pueda revertir esta situación? Ese será, seguramente, el reto

1 Constitución del 2008, artículo 95.

2 Constitución del 2008, artículos 252 y 253

3 Constitución del 2008, artículo 243 y transitoria primera, numeral nueve.

para las leyes futuras y, especialmente para la gente de los distritos metropolitanos, de los cantones, de las fortalecidas parroquias, de las prometidas regiones, el reto de recrear, en los mecanismos de participación que se abren en los textos constitucionales, una innegable posibilidad efectiva de cambio.

II. Elementos constitucionales de contexto

2.1. Naturaleza del Estado

La Constitución de Montecristi declara al Ecuador como un Estado unitario, que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada⁴. La Constitución de 1998 definía al Estado como unitario y a su “gobierno” como de administración descentralizada. Desde este inicio y tratando de encontrar diferencias, la nueva Constitución amplifica el panorama de descentralización, ya que no será solo “su gobierno”, entendido como “el ejecutivo”, el de administración descentralizada, sino el Estado, en su conjunto, el que se gobierna de manera descentralizada.

Según el texto constitucional aprobado en el referéndum del 28 de septiembre, el Estado tendrá entre sus deberes⁵: fortalecer la unidad nacional en la diversidad, planificar el desarrollo nacional y promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, “mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización”. La Constitución del 98 no estableció entre los deberes del Estado ninguno referente al ordenamiento territorial⁶.

Al igual que en el 98, ahora se establece que el territorio del Ecuador es inalienable, irreductible y, adicionalmente, inviolable; y se añade una suerte de advertencia y prohibición, “nadie atentará contra la unidad territorial, se prohíbe la secesión”⁷. Este mismo mandato lo vamos a encontrar en el artículo 238, de los principios generales de la Organización Territorial del Estado, que dice “En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la

4 Constitución del 2008, artículo 1.

5 Constitución del 2008, artículo 3, numerales 3, 5 y 6.

6 Constitución de 1998, artículo 3.

7 Constitución del 2008, artículo 4.

secesión del territorio nacional”. Con esto, al mismo tiempo que se garantiza el proceso de autonomía, se preserva la unidad nacional.

2.2. Derechos relacionados

Entre los derechos que encontramos en la parte orgánica de la Constitución del 2008 deben resaltarse, a efectos de completar los antecedentes para el análisis de los sentidos que se construyen sobre el nuevo orden territorial: los niveles de gobierno y el efecto sobre sus competencias; el derecho a la ciudad; los numerales referentes a tierras y territorios de propiedad ancestral que constan en los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y algunos otros relacionados con derechos que deberán traducirse en políticas y normas de responsabilidad de los distintos niveles de gobierno.

La vulneración de ciertos derechos ya está relacionada con las concentraciones urbanas; esa realidad hace que la ciudad deba pensarse como un espacio de garantismo jurídico. La Asamblea Constituyente, a partir de propuestas de organizaciones urbanas y de los postulados que plantean la Carta Mundial sobre el Derecho a la Ciudad y la Carta Europea de Salvaguardia de Derechos Humanos en la Ciudad, incorporó el novísimo “Derecho a la Ciudad”, que en el artículo 31, de la sección de “hábitat y vivienda”, se enuncia y describe como el derecho de las personas “al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo principios de sustentabilidad, justicia social; el respeto a las culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural”. Se consigna el ejercicio de este derecho basado en la gestión democrática de la urbe en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad.

En la sección de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades⁸, se incluyen disposiciones sobre las tierras comunitarias consideradas propiedad imprescriptible de los pueblos y nacionalidades, el derecho a su posesión y a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras, así como la consulta previa, libre e informada, que deban realizar las autoridades com-

8 Constitución del 2008, artículo 56, numerales 4, 5, 6 y 7.

petentes sobre planes o programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables en sus tierras. Estos derechos ya considerados en la Constitución de 1998, se amplían a los pueblos ancestrales, afroecuatoriano y montubio, a los que, al igual que a las nacionalidades indígenas, se les concede la posibilidad de conformación de circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura⁹. También se incluye el reconocimiento a las comunas como una forma ancestral de organización territorial con derecho a la propiedad colectiva de la tierra.

Este derecho en específico, el de conformar circunscripciones territoriales, está en concordancia con lo previsto en el artículo 257 que considera a las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales como un régimen especial de administración, que podrá ejercer las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente luego de un plebiscito en el que al menos dos terceras partes de los votos válidos de la comunidad consultada, así lo resolvieren¹⁰.

2.3. Garantías constitucionales¹¹

El título tercero de la Constitución del 2008 contiene las garantías normativas y de políticas públicas. Las primeras disponen al legislativo nacional y a todo órgano con potestad normativa, la obligación de adecuar las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución; las segundas crean la obligación de formular, ejecutar, evaluar y controlar las políticas y servicios públicos, con participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades involucrados, como garantía de los derechos reconocidos en la Constitución. Estas dos garantías deberán ser concretamente observadas en el ámbito local, por las juntas parroquiales, los concejos cantonales y metropolitanos, los consejos provinciales y regionales, y por sus correspondientes autoridades.

9 Constitución del 2008, artículo 60 “Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial”.

10 Ver 3.6.

11 Constitución del 2008, artículos 84 y 85.

2.4. Participación en los niveles de Gobierno¹²

En la nueva constitución la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho¹³ que reconoce una diversidad de actores sociales, y amplía el abanico de los derechos de participación sectorial en educación, seguridad social, comunicación, ambiente. A parte de agregar el derecho a la gestión democrática de la ciudad¹⁴, desarrolla los derechos de las organizaciones populares y reconoce su facultad de autogestión e intervención en la política pública y promueve formas de organización de usuarios y consumidores.

En el título IV de “Participación y organización del poder” se reconocen las formas de organización de la sociedad, para incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno.

Una sección específica sobre la participación en todos los niveles de gobierno establece que deberán conformarse instancias de participación con representantes del régimen dependiente y de la sociedad para elaborar planes y políticas nacionales y locales, para mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo, para elaborar presupuestos participativos. Audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, entre otros, serán los mecanismos para el ejercicio del derecho a la participación.

Una clara intención del constituyente de promover la participación se revela en varios artículos de la Constitución como por ejemplo el mandato de que en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados sean públicas y que en ellas existirá la denominada “silla vacía”, que será ocupada por una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones; o la obligación a los niveles de gobierno de receptor las “propuestas y proyectos que las ecuatorianas y ecuatorianos presenten a través de los mecanismos previstos en la Constitución y en la ley”.

12 Constitución del 2008, artículos 95-102.

13 Constitución del 2008, artículo 61: Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 2. Participar en los asuntos de interés público; 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa. 4. Ser consultados; 5. Fiscalizar los actos del poder público; 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.

14 Ver 2.2.

A diferencia de la Constitución de 1998¹⁵, los sujetos de la participación no son solo los ciudadanos a título individual sino, además, comunidades, colectivos, nacionalidades.

2.5. Democracia directa

En el artículo 103 se establece la iniciativa popular normativa, es decir la facultad de los ciudadanos para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. El artículo 104 contempla la posibilidad de convocar a consulta popular, sea por iniciativa ciudadana o por disposición de los gobiernos autónomos descentralizados para resolver asuntos de interés local. Estas facultades ciudadanas en concordancia con las garantías normativas y de políticas públicas ya mencionadas, previstas en los artículos 84 y 85, completan un panorama favorable para la participación.

2.6. Ahorro e inversión

La nueva Constitución, en su artículo 339, establece que las inversiones deben orientarse, entre otros, con criterios de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa se “orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados”.

La inversión pública estará dirigida a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo, en el marco de los planes de desarrollo nacional y locales.

2.7. Hábitat y vivienda

Para garantizar el derecho al hábitat y vivienda, todos los niveles de gobierno¹⁶ quedan comprometidos a desarrollar una serie de acciones, como la

15 La Constitución de 1998 reconoce y garantiza la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país en los artículos 97 numeral 17, 225, y 228.

16 Constitución del 2008, artículo 375.

generación de información para el desarrollo de programas sobre vivienda, servicios, espacio y transporte públicos, equipamiento y gestión del suelo urbano, el mantenimiento de un catastro nacional integrado georreferenciado; elaboración de políticas, planes y programas de hábitat y acceso universal a la vivienda; mejoramiento de vivienda precaria; dotación de albergues; desarrollo de planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social; dotación ininterrumpida de los servicios básicos a las escuelas y hospitales públicos; control de arrendamiento a precios justos; acceso público a las playas de mar y riberas de ríos, lagos y lagunas, incluyendo la existencia de vías perpendiculares.

Repitiendo la fórmula del 98¹⁷, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro para hacer efectivo el derecho a la vivienda y el ambiente, añadiéndose el hábitat y la prohibición a las prácticas especulativas sobre el uso del suelo.

2.8. Población y movilidad humana

Entre las garantías de acciones del Estado sobre los derechos de movilidad humana¹⁸, se encuentran la generación y aplicación de políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado, la protección del ambiente y la seguridad de la población.

En coordinación con los distintos niveles de gobierno, el Estado central, que ejercerá la rectoría de la política migratoria, deberá velar por los derechos de las personas en movilidad humana.

2.9. Seguridad humana

Para garantizar la seguridad humana¹⁹, organismos especializados en los diferentes niveles de gobierno serán los encargados de la planificación y aplicación de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia

17 Constitución de 1998, artículo 32: “Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley”.

18 Constitución del 2008, artículos 391 y 392.

19 Constitución del 2008, artículo 393.

pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos.

2.10. Biosfera, ecología urbana y energías alternativas

La nueva Constitución otorga responsabilidades especiales a los gobiernos autónomos descentralizados para la protección de la biosfera, la ecología urbana y la generación de energías alternativas. Éstos tendrán que adoptar políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo para regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana y el establecimiento de zonas verdes; deberán desarrollar programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento de desechos. También estarán obligados a incentivar y facilitar el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclovías²⁰.

2.11. Planificación participativa para el desarrollo

El sistema nacional descentralizado de planificación participativa se conformará por un Consejo Nacional de Planificación que se integrará por los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana. Este Consejo dictará lineamientos y políticas que orienten al sistema, y aprobará el Plan Nacional de Desarrollo.

La nueva Constitución crea consejos de planificación en los gobiernos autónomos descentralizados y consejos ciudadanos como instancias de “deliberación y generación de lineamientos y consensos estratégicos de largo plazo, que orientarán el desarrollo nacional”²¹.

Las políticas, programas y proyectos públicos, así como la programación y ejecución del presupuesto del Estado; la inversión y la asignación de los recursos públicos; y la coordinación de competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados, se sujetarán al Plan Nacional de Desarrollo²².

20 Constitución del 2008, artículo 415.

21 Constitución del 2008, artículo 279.

22 Constitución del 2008, artículo 278.

2.12. Política fiscal

Entre las normas sobre la política fiscal, se establece que las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno²³, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente.

2.13. Presupuesto General del Estado²⁴

Los ingresos y egresos de los gobiernos autónomos descentralizados no serán parte del Presupuesto General del Estado. Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados se ajustarán a los planes regionales, provinciales, cantonales y parroquiales, respectivamente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, sin menoscabo de sus competencias y su autonomía.

Los gobiernos autónomos descentralizados se someterán a reglas fiscales y de endeudamiento interno, análogas a las del Presupuesto General del Estado, de acuerdo con la ley.

Los gobiernos autónomos descentralizados presentarán cada semestre informes a sus correspondientes órganos de fiscalización sobre la ejecución de los presupuestos. La ley establecerá las sanciones en caso de incumplimiento.

Se mantiene la preasignación presupuestaria para los gobiernos autónomos descentralizados, aclarándose que las transferencias por este concepto serán predecibles y automáticas.

III. Organización territorial del Estado

Hasta este punto hemos presentado una rápida pero exhaustiva y puntual recopilación y revisión del articulado constitucional que tiene directa relación con el ordenamiento territorial y las competencias de los distintos niveles de gobierno que no están en el título quinto²⁵ de la Constitución

23 Constitución del 2008, artículo 286.

24 Constitución del 2008, artículos 292-298.

25 Este título va desde el artículo 238 al 274.

sobre “Organización Territorial del Estado”. En este título se incluyen las normas sobre los gobiernos autónomos descentralizados²⁶.

La nueva Constitución reconoce la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de un Estado unitario y descentralizado, bajo los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana, como rectores del nuevo modelo de ordenamiento territorial. Para complementar el esquema, se establece un Sistema Nacional de Competencias que ordena las atribuciones de cada nivel de gobierno con un carácter obligatorio y progresivo.

En el siguiente cuadro, se puede observar un ejercicio de comparación entre la Constitución de 1998 y la Constitución del 2008, sobre la organización territorial, los gobiernos seccionales autónomos y los niveles de gobiernos autónomos descentralizados que se proponen.

26 Constitución del 2008, artículo 238: “Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana”.

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL		GOBIERNOS SECCIONALES AUTÓNOMOS	GOBIERNOS DESCENTRALIZADOS AUTÓNOMOS
1998	2008	1998	2008
Parroquia rural	Parroquia rural	Junta parroquial	Junta parroquial
Cantón	Cantón	Concejo municipal	Concejo municipal
Provincia	Provincia	Consejo provincial	Consejo provincial
-	Región	-	Consejo regional
Regímenes especiales de administración territorial: - Provincia de Galápagos - Distritos metropolitanos - Circunscripciones territoriales indígenas - Región Amazónica	Regímenes especiales: - Distritos metropolitanos autónomos - Galápagos - Circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales.	Distritos metropolitanos ²⁷ y cualquier tipo de organización especial.	Concejo metropolitano
	Circunscripción territorial especial: territorio de las provincias amazónicas.		
	Unidades básicas de participación: comunidades, comunas, recintos, barrios, parroquias urbanas.		

27 En los hechos solo operó con esta figura el Distrito Metropolitano de Quito en base a la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito. Ley No. 46. RO/280 de 8 de noviembre del 2001.

Los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por una ley que establecerá un sistema de competencias, de carácter obligatorio y progresivo, y definirá las políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios territoriales.

Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales; mientras que la facultad legislativa se reserva para las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones; y a las juntas parroquiales rurales, específicamente, las reglamentarias. La planificación, en cambio, es obligatoria para todos los gobiernos autónomos descentralizados.

La Constitución de Montecristi organiza territorialmente²⁸ al Estado en: 1) Regiones, 2) Provincias, 3) Cantones, 4) Parroquias rurales y 5) como una categoría excepcional, los “Regímenes especiales”, entre los que están: los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos, y las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas, ancestrales o pluriculturales.

Parte de las innovaciones del nuevo texto constitucional son: la integración de “Regiones “ como un nuevo nivel de territorio; que Galápagos sin dejar de llamarse provincia, pasa a tener una “sui generis” forma de gobierno sin Consejo Provincial; la posibilidad explícita de formación de mancomunidades; la consideración de unidades básicas de participación; que las antiguas circunscripciones territoriales indígenas (CTI), ya presentes en la Constitución de 1998, ahora denominadas adicionalmente pluriculturales, cuentan con un mecanismo explícito de conformación²⁹.

3.1. Mancomunidades

El artículo 243 de la Constitución del 2008 prevé que dos o más regiones, provincias, cantones o parroquias contiguas podrán agruparse y formar mancomunidades con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración. La ley será la que regule su creación, estructura y administración. En la Constitución del 98, si bien no se

²⁸ Constitución del 2008, artículo 242.

²⁹ Constitución del 2008, artículo 257.

menciona la posibilidad de conformar mancomunidades³⁰, sí se contempla en el artículo 229 que las “provincias, cantones y parroquias se podrán asociar para su desarrollo económico y social y para el manejo de los recursos naturales”.

3.2. Regiones

Para la conformación de regiones, el artículo 244 remite a la ley la creación de incentivos económicos y de otra índole, a su vez las provincias integrantes de una futura región deberán reunir las siguientes condiciones:

- Continuidad territorial.
- Superficie regional mayor a veinte mil kilómetros cuadrados.
- Número de habitantes que en conjunto sea superior al cinco por ciento de la población nacional.
- Procurar el equilibrio interregional, la complementariedad ecológica y el manejo integrado de cuencas.

El proceso para la conformación de regiones se inicia con la decisión de los gobiernos provinciales³¹, que deberán presentar un proyecto de ley de regionalización, que propondrá la conformación territorial de la nueva región al legislativo y la propuesta de estatuto de autonomía a la Corte Constitucional. Según el artículo 246 el Estatuto deberá contener la denominación, símbolos, principios, instituciones del gobierno regional, la sede, la identificación de los bienes, rentas, recursos propios y la enumeración de

30 Sin embargo, la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, 1997, artículos 10 y 14, contempla los requisitos para la suscripción de convenios de mancomunidad. También el artículo 13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que las municipalidades pueden ejecutar obras o prestar servicios de forma asociada. Por su parte, la Ley Orgánica del Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito faculta a éste a establecer un régimen de mancomunidad urbana con los municipios circunvecinos (artículos 23-24). También el Reglamento del Sistema Único de Manejo Ambiental (TULAS, libro iv. Art. 34), establece que una de las políticas en el ámbito institucional será el fomento a la creación de mancomunidades entre gobiernos seccionales para la gestión integral de los residuos sólidos.

31 Constitución del 2008, artículo 245.

las competencias que inicialmente asumirá; adicionalmente, de acuerdo al artículo 251, en las normas del Estatuto regional deberán constar obligatoriamente el desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana previstos en la Constitución.

Una vez obtenidos la aprobación de la ley y el dictamen favorable sobre la constitucionalidad del Estatuto, éste será sometido a consulta popular en las provincias que formarán la región. Si en la consulta se aprueba la conformación de la región, se procederá inmediatamente a la elección de autoridades regionales.

El proceso de regionalización será progresivo pero obligatorio. Según la disposición transitoria primera, numeral nueve, el plazo para la conformación de regiones autónomas no podrá ser mayor de ocho años.

3.3. Distritos Metropolitanos

A diferencia de la Constitución del 98, que solo menciona que la ley podrá crear distritos metropolitanos³², en la Constitución del 2008 la creación de distritos metropolitanos tiene un procedimiento explícito similar al de conformación de regiones. El artículo 247 establece que uno o más cantones que sean cantones contiguos, en los que existan conurbaciones y con un número de habitantes mayor al siete por ciento de la población nacional, podrán constituir distritos metropolitanos. Desde 1998 a la fecha, solo se creó por ley el Distrito Metropolitano de Quito³³. Siguiendo el texto constitucional los distritos metropolitanos tendrán que dotarse de un Estatuto con los mismos requisitos y contenidos que acabamos de reseñar en el numeral anterior; y deberán seguir el mismo procedimiento que para la conformación de regiones, en este caso los concejos cantonales elaborarán una propuesta que contenga un proyecto de ley y un proyecto de estatuto de autonomía del distrito metropolitano; le seguirá la aprobación del legislativo y el dictamen constitucional; la consulta popular que apruebe o no el Estatuto; y en consecuencia elección de nuevas autoridades metropolitanas.

32 Constitución de 1998, artículo 238.

33 Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito. Ley No. 46. RO/280 de 8 de noviembre del 2001.

3.4. Unidades básicas de participación

El reconocimiento de la existencia de las comunidades, las comunas, los recintos, los barrios y las parroquias urbanas como unidades básicas de participación, obligará a los gobiernos autónomos descentralizados y al Sistema Nacional de Planificación a definir e incentivar la organización ciudadana en estos espacios de participación y a establecer los mecanismos para que estas unidades territoriales puedan intervenir en la definición de las políticas públicas, los planes, programas, control social y rendición de cuentas, en concordancia con los mandatos sobre la participación ciudadana que ya revisamos y que se encuentran referidos en otros acápite de la Constitución.

3.5. Territorios fronterizos y Amazonía

El artículo 249 dispone que los cantones que se encuentren total o parcialmente dentro de una franja fronteriza de cuarenta kilómetros, recibirán atención preferencial para afianzar una cultura de paz y el desarrollo socio-económico. En tanto, en los artículos 250 y 259, reconociendo que el territorio de la Amazonía forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta, se le cataloga como una circunscripción territorial especial, que deberá contar con una planificación integral que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas, y con políticas para compensar las inequidades de su desarrollo.

3.6. Gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales

Entre los artículos 251 y 259 encontramos la integración de los gobiernos autónomos descentralizados y las especificidades sobre los regímenes especiales.

La Región contará con un Consejo Regional³⁴, conformado por una gobernadora o gobernador regional y consejeros regionales elegidos de forma proporcional a la población urbana y rural. Aquí observamos un cambio fundamental, la obligación de que los consejeros regionales representen tanto a la población urbana como a la rural.

³⁴ Constitución del 2008, artículo 251.

En la provincia existirá un Consejo provincial integrado por un prefecto, por los alcaldes o vicealcaldes en representación de los cantones; y por representantes elegidos entre los presidentes de las juntas parroquiales rurales. Esta nueva conformación del Consejo Provincial es uno de los cambios más notables. Los consejeros ya no serán de elección popular, serán, en definitiva, los representantes cantonales y parroquiales los que integrarán el Consejo. En los cantones habrá un Concejo integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular. La población cantonal urbana y rural estará representada proporcionalmente en dicho Concejo. Esta innovación que incorpora expresamente la representación rural, contribuirá, sin duda, a ampliar la participación de sectores no urbanos en los gobiernos autónomos. Los distritos metropolitanos contarán con un Concejo integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular. Las parroquias rurales tendrán una Junta parroquial conformada por vocales de elección popular.

El artículo 257 indica que las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente. Las parroquias, cantones o provincias conformadas mayoritariamente por nacionalidades, pueblos indígenas, afroecuatorianos o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de un plebiscito en el que al menos dos terceras partes de los votos válidos así lo resolvieren.

Según el artículo 258, la provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su planificación y desarrollo se organizará según principios de conservación del patrimonio natural. Su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno que dictará las políticas en coordinación con los municipios y juntas parroquiales, quienes las ejecutarán. Al igual que en el 98, los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente, serán limitados.

Como parte las novedades de la Constitución, para la articulación de los gobiernos autónomos con el gobierno nacional, se crea el Gabinete Territorial³⁵ que lo integrarán gobernadores regionales y alcaldes metropolitanos, como una instancia de consulta regional que será convocada por el Ejecutivo.

35 Constitución del 2008, artículo 256.

3.7. Régimen de competencias

Al revisar los textos relativos al régimen de competencias, es palpable el reto que asumió la Asamblea Constituyente de construir la base de un proceso transparente y legítimo de competencias, que evitando la duplicación de funciones permita las flexibilidades de la concurrencia, la colaboración y complementariedad³⁶.

Se establece un sistema de competencias³⁷ con un organismo técnico que tendrá las funciones de: 1) regular el procedimiento y el plazo máximo de transferencia de las competencias exclusivas (asegurando condiciones inmediatas de traspaso para aquellos gobiernos que garanticen capacidad operativa); 2) regular la transferencia de las competencias adicionales; 3) regular la gestión de las competencias concurrentes entre los diferentes niveles de gobierno; 4) asignar competencias residuales; y 5) resolver en sede administrativa los conflictos de competencia que surjan entre los distintos niveles de gobierno. Este organismo técnico estará conformado por un representante de cada nivel de gobierno.

La omisión o deficiente ejecución de una competencia³⁸ permitirá la intervención temporal y subsidiaria en la gestión específica del gobierno autónomo descentralizado; la ley será la que determine los casos excepcionales, el procedimiento y la forma de control.

En el cuadro que consta a continuación, se visualizan las competencias asignadas en el capítulo cuarto del título V a cada uno de los niveles de gobierno. A estas competencias hay que añadir las que constan en otras partes del texto constitucional, como la posibilidad de administrar los centros de privación de libertad de acuerdo con la ley según el artículo 202 o la de administración concurrente del sistema público de registro de la propiedad previsto en el artículo 265, y otras que ya hemos reseñado anteriormente.

36 El artículo 260 dice “El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

37 Constitución del 2008, artículo 269.

38 Constitución del 2008, artículo 268.

NACIONAL	REGIONAL	PROVINCIAL	CANTONAL/DISTRITOS METROPOLITANOS ²⁰	PARROQUIAL
Planificación Nacional	Planificar el desarrollo regional y formular planes de ordenamiento territorial	Planificar el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial	Planificar el desarrollo cantonal.	Planificar el desarrollo parroquial.
Defensa nacional, protección interna y orden público.	Gestionar el ordenamiento de cuencas hidrográficas.	Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial.	Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.	Planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia.
Relaciones internacionales.	Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte regional y el cantonal.	Obra en cuencas y micoso cuencas	Planificar, construir y mantener la vialidad urbana.	Planificar y mantener en coordinación con los gobiernos provinciales la vialidad parroquial rural.
Registro de personas naturales; Control migratorio; Nacionalización de extranjeros.	Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito regional.	La gestión ambiental provincial	Prestar servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental.	Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, preservación de la biodiversidad y protección del ambiente.

20 Según el artículo 266 los distritos metropolitanos tendrán adicionalmente las competencias que sean aplicables de los gobiernos provinciales y regionales, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias.

NACIONAL	REGIONAL	PROVINCIAL	CANTONAL/DISTRITOS METROPOLITANOS	PARROQUIAL
Políticas económicas, tributarias, aduaneras, arancelarias, fiscales y monetarias, comercio exterior y endeudamiento externo.	Obrar por equidad jurídica, registrar y controlar las organizaciones sociales de carácter regional.	Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego.	Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas bases y contornos especiales de mejoras.	Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o otorgados.
Políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda.	Determinar las políticas de investigación e innovación del conocimiento, desarrollo y transferencia de tecnologías.	Fomentar la actividad agropecuaria.	Planificar regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal.	Promover la organización de los ciudadanos de las comunidades y demás asentamientos rurales con el carácter de organizaciones territoriales de base.
Juegos naturales, pro legados y de recursos naturales.	Fomento a las actividades productivas regionales.	Fomentar las actividades productivas provinciales.	Planificar, construir y mantener la infraestructura física y equipamientos de salud y educación, los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo.	Gestionar la cooperación internacional.
Manejo de desastres naturales.	Fomento a la seguridad alimentaria regional.	Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.	Preservar, mantener y difundir el patrimonio arqueológico, cultural y natural.	Vigilar la ejecución de obras y la calidad de los servicios públicos.

NACIONAL	REGIONAL	PROVINCIAL	CANTONAL/DISTRITOS METROPOLITANOS	PARROQUIAL
Ley que le corresponde aplicar como resultado de tratados internacionales.	Gestionar la cooperación internacional.	Ejercer ordenanzas provinciales.	Formar y administrar los catastro inmobiliarios urbanos y rurales.	Emitir acuerdos y resoluciones.
El espectro radioeléctrico y comunicaciones, telecomunicaciones puertos y aeropuertos.	Ejercer normas regionales.		Delimitar, regular, autorizar, controlar y garantizar el acceso a las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas.	
Recursos energéticos minerales hidrocarburos, hidrícos, biodiversidad y recursos forestales.			Regular autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos.	
Control administrativo de las empresas públicas nacionales.			Gestionar los servicios de prevención, protección, extinción de incendios.	
			Gestionar la cooperación internacional.	
			Ejercer ordenanzas.	

3.8. Recursos económicos

Los gobiernos autónomos descentralizados podrán generar sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de acuerdo con principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad. Se establece la participación en al menos el 15 por ciento de ingresos permanentes y de un monto no inferior al 5 por ciento de los no permanentes correspondientes al Estado central⁴⁰. Se resalta que las asignaciones serán predecibles, directas, oportunas y automáticas, por transferencias desde la cuenta única⁴¹.

La distribución de los recursos⁴² a los gobiernos autónomos será regulada por la ley de acuerdo a criterios de tamaño y densidad de la población, necesidades básicas insatisfechas, jerarquizadas y consideradas en relación con la población, logros en el mejoramiento de los niveles de vida, esfuerzo fiscal y administrativo y cumplimiento de metas del Plan Nacional de Desarrollo y del plan de desarrollo del gobierno autónomo descentralizado.

Los artículos 273 y 274 garantizan la transferencia de competencias a los gobiernos descentralizados autónomos con los correspondientes y suficientes recursos. Un organismo técnico integrado de acuerdo con la ley, cuantificará los costos directos e indirectos del ejercicio de las competencias descentralizables. Las asignaciones discrecionales no permanentes solo serán posibles en caso de catástrofe. Finalmente, los GDA tendrán derecho a participar de las rentas que perciba el Estado por la explotación o industrialización de recursos naturales no renovables, que se hagan en sus territorios.

IV. A modo de conclusiones: los retos futuros

Al menos diez leyes vigentes⁴³ deberán ser reemplazadas o reformadas como resultado del cumplimiento de las disposiciones de la Carta Constitucional

40 Constitución del 2008, artículo 271.

41 Constitución del 2008, artículos 270-271.

42 Constitución del 2008, artículo 272.

43 La Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social, la Ley de Modernización del Estado, la Ley Especial de Distribución del 15 por ciento del Presupuesto Central a los Gobiernos Seccionales, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de

de Ciudad Alfaro. Las disposiciones transitorias establecen un cronograma de cumplimiento obligatorio para el órgano legislativo en un plazo que oscila entre 120 días siguientes a la proclamación de los resultados del referéndum aprobatorio y la finalización del primer período legislativo (4 años).

Por ejemplo, en 120 días luego de la proclamación de resultados del referéndum del 28 de septiembre el órgano legislativo deberá aprobar la ley que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la ley electoral y en 360 días aprobar la “ley que regule la descentralización territorial de los distintos niveles de gobierno y el sistema de competencias, que incorporará los procedimientos para el cálculo y distribución anual de los fondos que recibirán los gobiernos autónomos descentralizados del Presupuesto General del Estado. Esta ley fijará el plazo para la conformación de regiones autónomas, que en ningún caso excederá de ocho años”. Y dentro de los cuatro años del primer período legislativo, todas las otras leyes necesarias para la aplicación de la Constitución.

Decíamos al inicio de este análisis que al menos cuatro innovaciones deberían modificar sustancialmente el Estado. Sin duda, en la Constitución aprobada en el referéndum del 28 de septiembre constan elementos innegables de ruptura con el viejo país que tanto hemos demandado. Queda trazada la cancha para análisis y debates constitucionales más profundos pero, fundamentalmente, queda abierta la puerta para modificar una realidad de desarrollo desigual, centralismo e injusticia territorial; el reto será que esas normas constitucionales provoquen desarrollos legales que permitan avanzar hacia un real proceso de autonomía, que inspiren comportamientos en correspondencia en servidores públicos a todo nivel; que promuevan efectivamente el involucramiento de la sociedad, que todas y todos los ecuatorianos usemos y potenciemos las instancias participativas creadas en la Constitución del 2008.

En definitiva, aprobada la Constitución de Montecristi, quedan en nuestras manos las herramientas de una nueva visión de construcción del Estado en todos sus niveles de gobierno, en el territorio con sus roles y com-

Régimen Provincial, la Ley Orgánica del Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Ley de Desarrollo Seccional, Ley del Fondo de Desarrollo Provincial, Ley de Régimen Especial para la Conservación y desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos, Ley de Juntas Parroquiales.

petencias claramente definidos; el trazado de una ruta para la consolidación de autonomías regionales, bajo principios de solidaridad y equidad, como una modalidad concreta concebida como una estrategia clave para favorecer una más eficiente y participativa gestión pública, que busca aportar a un nuevo equilibrio territorial desde la potenciación de las capacidades de los territorios, con criterios de complementariedad y reciprocidad; en definitiva, queda delimitada una estrategia de regionalización que hace parte de una nueva visión del desarrollo y del sistema político; nos quedan competencias exclusivas constitucionalizadas pero con capacidad de gestión coordinada; un sistema nacional de planificación descentralizado con participación ciudadana; una mayor y obligatoria participación de la población rural; reconocimiento de unidades básicas de participación a nivel urbano; recursos predecibles; coordinación entre territorios y gobiernos; circunscripciones territoriales indígenas o pluriculturales en el marco de la división político-administrativa y por medio de un proceso democrático de consulta; el mandato para todos los niveles de gobierno, desde el nacional a los locales, de readecuar su institucionalidad abriendo canales efectivos de participación. La ruta está trazada, la tarea apenas inicia y requiere de muchas manos y voluntades para continuarla y completarla.

Las Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático

Xavier A. Flores Aguirre*

Sumario

I. Introducción. II. Principios de las relaciones internacionales. 2.1. Contenido. 2.2. Contraste con la Constitución Política de 1998. III. Tratados e instrumentos internacionales. 3.1. Aclaración. 3.2. Jerarquía normativa de los tratados internacionales. 3.3. Procedimiento de ratificación de un tratado internacional. 3.3.1. Definición de ratificación. 3.3.2. Solicitud. 3.3.3. Atribuciones de las funciones Ejecutiva y Legislativa. 3.3.4. Denuncia. 3.4. Interpretación de los tratados e instrumentos internacionales. 3.5. Casos específicos. IV. Integración latinoamericana.

I. Introducción

La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 24 de julio de 2008 el proyecto de nueva Constitución. El título VIII de este proyecto regula las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano. Este título VIII contiene tres

* Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas y Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Diplomado de Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Miembro de la Comisión Especial de Revisión y Redacción de la Nueva Constitución. xaflag@yahoo.com

capítulos referidos a “los principios de las relaciones internacionales”, los “tratados e instrumentos internacionales” y “la integración latinoamericana”¹. El objeto de este artículo es analizar el contenido de esos capítulos como parte de un cuerpo constitucional coherente y contrastarlo, en varios de sus puntos, con el texto constitucional para cuyo reemplazo se propuso (la Constitución Política de 1998). El artículo se ordena de manera sencilla, en función del análisis que amerita cada uno de los capítulos que componen este título VIII de la nueva Constitución.

II. Principios de las relaciones internacionales

2.1. Contenido

La nueva Constitución contiene los principios que el Estado ecuatoriano sostiene en materia de sus relaciones con la comunidad internacional en un solo artículo, el 416, cuyo encabezado establece que esas relaciones responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano al que se le rendirán cuentas por su ejercicio. El contenido de estos principios se desarrolla en trece numerales que en un amplio número de casos reflejan principios generales del derecho internacional² y en otros reflejan lo que el constituyente entiende que son principios que representan los intereses del pueblo ecuatoriano, en particular en materia de desarrollo económico, derechos humanos, migración y ambiente³.

1 En adición, en otra parte del proyecto de nueva Constitución se establece que el Estado tendrá competencias exclusivas sobre las relaciones internacionales. Cfr. artículo 261 numeral 2.

2 Principios como la igualdad jurídica de los Estados (numeral 1), la cooperación internacional (numeral 1), la solución pacífica de las controversias (numeral 2), la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza (numeral 2), el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (numeral 4) y la libre determinación de los pueblos (numeral 8).

3 Así, en materia de desarrollo económico (numerales 10, 11 y 12), de derechos humanos (numerales 5 y 7), de migración (numerales 5 y 6), de ambiente (numeral 13).

2.2. Contraste con la Constitución Política de 1998

El artículo 416 del proyecto de la nueva Constitución se corresponde, en buena medida, con el artículo 4 de la Constitución de 1998, cuyo contenido se desarrolla en seis numerales. Todos los numerales del artículo 3 citado se contienen en el artículo 416 de nueva Constitución, con una redacción similar⁴. Es necesario destacar, sin embargo, que la nueva Constitución sostiene nuevos principios rectores de las relaciones del Estado con la comunidad internacional.

Estos nuevos principios rectores perfilan la conducta del Estado en esta materia tanto por lo que el Estado ecuatoriano condena y rechaza, como la injerencia en los asuntos internos y cualquier forma de intervención (numeral 3), el desarrollo y uso de armas de destrucción masiva y la imposición de bases o instalaciones con propósitos militares (numeral 4), el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación (numeral 5), el que las controversias con personas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados (numeral 12), como por lo que el Estado propone y afirma, como el reconocimiento del derecho de los pueblos a mecanismos que expresen, preserven y protejan la diversidad de sus sociedades (numeral 5), el respeto a los derechos humanos, en particular de las personas migrantes (numeral 7), la conformación de un orden global multipolar y el fortalecimiento e relaciones horizontales (numeral 10) la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de América latina (numeral 11), un nuevo sistema de comercio e inversión (numeral 12) y la protección del medio ambiente (numeral 13).

Quiero no omitir de estos principios rectores que el que se establece en el numeral 4 de este artículo 416 del proyecto de nueva Constitución se corresponde con el artículo 5 del mismo instrumento jurídico, que establece: “El Ecuador es un territorio de paz. No se permitirá el establecimiento de bases militares extranjeras ni de instalaciones extranjeras con propósitos militares. Se prohíbe ceder bases militares nacionales a fuerzas armadas o

4 Así, el numeral 1 de la Constitución de 1998 se corresponde con los numerales 1 y 4 de la nueva Constitución; el numeral 2 con el numeral 2; el numeral 3 con los numerales 2 y 9; el numeral 4 con el numeral 10; el numeral 5 con el numeral 11; el numeral 6 con el numeral 8.

de seguridad extranjeras” y que su numeral 11 encuentra su desarrollo en el capítulo III de este título VIII, cuyo análisis corresponde a la parte final de este trabajo.

III. Tratados e instrumentos internacionales

3.1. Aclaración

El capítulo de “Tratados e instrumentos internacionales” merece una aclaración previa. La Constitución entiende que los “tratados internacionales” son jurídicamente vinculantes para el Estado ecuatoriano, mientras que los “instrumentos internacionales” no lo son. En concordancia con esta consideración, el artículo 417 establece que son los tratados internacionales los que “se sujetarán a lo establecido en la Constitución”, con lo cual se los reconoce como parte del ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento por parte de autoridades y ciudadanos.

Lo dicho sobre los tratados internacionales no implica, por supuesto, que los otros instrumentos internacionales carezcan de relevancia constitucional. La tienen, pero en el ámbito de la interpretación de la Constitución (como observaremos más adelante) y no como parte del ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano, al que, en estricto derecho, no pertenecen.

3.2. Jerarquía normativa de los tratados internacionales

Los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno y ocupan un lugar de importancia en su orden jerárquico. El artículo 417 establece que los tratados internacionales se sujetarán a lo dispuesto en la Constitución. El artículo 424 confirma esta superioridad de la Constitución cuando afirma que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. El artículo 425 describe el orden jerárquico de aplicación en el derecho interno, en el cual los tratados internacionales se sitúan, en concordancia con los artículos anteriores, por debajo de la Constitución y por sobre toda otra norma del

ordenamiento jurídico interno⁵. Por cierto, esta posición en la jerarquía normativa del proyecto de nueva Constitución es análoga a la posición que ocupan los tratados internacionales en la Constitución Política de 1998, de conformidad con sus artículos 163 y 272.

3.3. Procedimiento de ratificación de un tratado internacional

3.3.1. Definición de ratificación

El término “ratificación” tiene un significado específico en el contexto del derecho internacional. Ese significado se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶, instrumento jurídico que forma parte del ordenamiento jurídico interno⁷. De acuerdo con esta Convención, el término “ratificación” significa “el acto internacional [...] por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”⁸.

3.3.2. Solicitud

El procedimiento de ratificación se inicia con la solicitud de ratificación del tratado internacional. Esta facultad se realiza, de conformidad con el artí-

5 El artículo 425 establece lo que se conoce como la pirámide de Kelsen, en los siguientes términos: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

6 Esta convención se adoptó en Viena el 23 de mayo de 1969 (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331) y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

7 La ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se publicó en el Registro Oficial No 134 del 28 de julio del 2003.

8 Así, la ratificación puede definirse como “el acto formal internacional por el cual un Jefe de Estado, confirma la firma de su plenipotenciario y declara que el tratado es tenido para el Estado que representa como jurídicamente obligatorio”, al haber sido aprobada por el (los) órgano que internamente está dotado de competencia”. Cfr. Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis, *Derecho Internacional Público. Tomo I. Introducción y Fuentes*, Fondo Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2003, Pág. 175, quienes citan en el texto transcrito a Luis Podestá Costa y José María Ruda, *Derecho Internacional Público*, T. I, Pág. 137.

culo 420, “por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidente o Presidenta de la República”. La Constitución Política de 1998 no regula este asunto.

La solicitud de ratificación de un tratado internacional por la vía del referéndum implica no sólo un mecanismo diferenciado para la concreción de esa solicitud sino la ampliación, de manera implícita, del número de sujetos con legitimación activa para solicitar esa ratificación. Así, el referéndum lo pueden solicitar, de conformidad con el artículo 104 de la nueva Constitución, el Presidente de la República, la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados y los ciudadanos⁹.

Con fundamento en lo expuesto, la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados goza, en razón de una interpretación conjunta de los artículos 104 y 420 de la nueva Constitución, de una legitimación acotada: estas autoridades pueden solicitar la ratificación de un tratado internacional sólo mediante la vía del referéndum. En contraste, el Presidente de la República y los ciudadanos pueden utilizar la vía del referéndum o realizar la solicitud de ratificación de manera directa. En todos los casos, sin embargo, cualquiera que sea el sujeto que solicite la ratificación y la vía que se utilice para canalizar esa solicitud, se requerirá el dictamen previo de la Corte Constitucional¹⁰ “sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas” (para el caso que se utilice la vía del referéndum)¹¹ y para la aprobación de los tratados internacionales por la Asamblea Nacional¹².

En el caso de la solicitud que formulen los ciudadanos, esta solicitud se realizará de conformidad con el procedimiento que establece el artículo 104

9 Lo dicho porque el referéndum es una especie del género “consulta popular”, en concreto y en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aquel “por el que se someten a voto popular leyes o actos administrativos”. Cfr. www.rae.es [Última visita: 08 de septiembre de 2008].

10 En puridad, sí existen casos en los que el dictamen previo de la Corte Constitucional no es necesario: cuando, de manera concurrente, la solicitud de ratificación no se realice por la vía del referéndum y cuando esa solicitud no se refiera a ninguno de los ocho tipos de tratados que, en razón de su naturaleza, requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional de conformidad con el artículo 419 del proyecto de nueva Constitución.

11 Cfr. artículo 104 in fine y artículo 438 numeral 2 de la nueva Constitución.

12 Cfr. artículo 438 numeral 1 de la nueva Constitución. En la redacción de este numeral se comete un gazapo y donde se lee “ratificación” debe leerse “aprobación”.

para los casos de convocatoria a consulta popular. En el caso de la solicitud que formule el Presidente de la República, también de conformidad con el artículo 104, éste, a diferencia de los otros sujetos con legitimación para solicitar la ratificación, no pone en consideración del Consejo Nacional Electoral su solicitud de ratificación, sino que emana una disposición que el Consejo Nacional Electoral no puede sino acatar¹³.

En conclusión, sobre la solicitud de ratificación de un tratado internacional existen tres sujetos con legitimación activa para realizarla (Presidente de la República, ciudadanía y máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados) con sendas regulaciones para su ejercicio; existen dos mecanismos para materializar la solicitud, la vía directa y la vía del referéndum, y existen otras instituciones que, según las circunstancias, intervienen en este proceso (el Consejo Nacional Electoral y la Corte Constitucional).

3.3.3. Atribuciones de las funciones Ejecutiva y Legislativa

El artículo 418 del proyecto de nueva Constitución le atribuye al Presidente de la República la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales. Esta atribución concuerda con el artículo 147 numeral 10 de este mismo instrumento jurídico que consagra entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República el “definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales y remover a embajadores y jefes de misión”.

El mismo artículo 418 establece una obligación concreta del Presidente de la República en relación específica con la ratificación de los tratados internacionales. (Nótese que esta obligación no existe en relación con instrumentos internacionales que no sean tratados). Esta obligación específica es informar “de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje y depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”.

13 No de otra forma puede entenderse el que “la Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes”.

El Presidente de la República debe cumplir esta obligación, de conformidad con el tenor literal del artículo, para la ratificación de todos los tratados. En consecuencia, esta obligación debe cumplirse con independencia de que para la recepción del tratado internacional en el ordenamiento jurídico del Estado se requiera la aprobación previa de la Asamblea Nacional. El propósito de la obligación in comento es, entonces, en esencia informativo: sirve para controlar y llevar un registro de las obligaciones que el Estado asume en el ámbito del derecho internacional.

Como se anticipa en el párrafo anterior, la Asamblea Nacional tiene la importante atribución de aprobar e improbar los tratados internacionales de conformidad con el artículo 419¹⁴. Esos tratados internacionales que requieren la intervención de la Asamblea Nacional son aquellos que se refieran a materia territorial o de límites, los que establezcan alianzas políticas y militares, los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, los que se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución, los que comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales, las que comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio, los que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional y los que comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En total, el tipo de tratados cuya aprobación o improbación en razón de su naturaleza le corresponde a la Asamblea Nacional es de ocho. En contraste con la Constitución Política de 1998 se agregó en la nueva Constitución dos tipos de tratados que no constaban en ésta, y son los tratados que comprometan la política establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales y los que comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. El resto de tratados constan todos en la Constitución Política de 1998, casi en idénticos

14 Esta atribución se desprende, asimismo, del artículo 120 que establece las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional, entre las cuales el numeral 8 consagra el “aprobar e improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”.

términos¹⁵. El agregado de este tipo de tratados se debe a la importancia que la nueva Constitución le atribuye al cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y a la protección del ambiente¹⁶.

3.3.4. Denuncia

El artículo 419 de la nueva Constitución establece la obligación de intervenir la Asamblea Nacional en caso de pretenderse la denuncia de un tratado internacional. Esta obligación de la Asamblea Nacional no consta entre las atribuciones del Congreso Nacional en la Constitución Política de 1998. Esta obligación de intervención de la Asamblea Nacional en el proceso de denuncia de un tratado internacional se dará en los mismos casos en que es necesaria para aprobar un tratado internacional. En el caso de los tratados cuya aprobación se haya realizado por la ciudadanía mediante referéndum, el artículo 420 de la nueva Constitución establece la obligación de requerir el mismo procedimiento que se siguió para su aprobación. En todos estos casos, sólo cuando se ha cumplido con estos presupuestos puede el Presidente de la República proceder a denunciar el tratado. En todos los otros casos, el Presidente puede decidir, de manera autónoma, si procede o no la denuncia del tratado internacional.

15 En efecto, la redacción de los numerales 1, 2 y 6 de la Constitución Política de 1998 se repite en los numerales 1, 2 y 3 de la nueva Constitución. En el mismo sentido comparativo, el numeral 3 se replica en el numeral 6 con el añadido de “de comercio”; el numeral 4 se modifica de “competencias derivadas de la Constitución o la ley” a “competencias propias del orden jurídico interno” y el numeral 5 se modifica de “derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos” a “derechos y garantías establecidas en la Constitución”. En definitiva, se amplía un poco el ámbito de los tratados cuya aprobación e improbación le corresponde a la Asamblea Nacional.

16 La importancia del Plan Nacional de Desarrollo se refleja en la definición que del mismo realiza la nueva Constitución en su artículo 280: “El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativa para los demás sectores”. La importancia del ambiente en la nueva Constitución se enfatiza porque es transversal al texto del proyecto de nueva Constitución. Valga, para destacarlo, recordar la inclusión en el texto del proyecto de nueva Constitución de los polémicos “derechos de la naturaleza”.

3.4. Interpretación de los tratados e instrumentos internacionales

El artículo 417 de la nueva Constitución establece que para la interpretación de los tratados e instrumentos internacionales se apliquen los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta, que el propio proyecto de nueva Constitución consagra de manera amplia y detallada en su artículo 11. Es importante la inclusión en este artículo del término “instrumentos internacionales” porque, a pesar de no tener carácter vinculante para el Estado ecuatoriano, sirven como elemento para interpretar el contenido de los derechos que establecen la Constitución y los tratados internacionales.

El órgano a quien la nueva Constitución le atribuye, de conformidad con su artículo 436 numeral 1, la responsabilidad de interpretar los tratados internacionales es la Corte Constitucional¹⁷. A efectos de su interpretación es importante distinguir entre los tratados internacionales que establecen obligaciones en materia de derechos humanos y los otros tratados internacionales.

En el primer caso, la nueva Constitución establece un rango incluso de carácter supraconstitucional para la interpretación de los “tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución” que “prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”¹⁸; dichas normas jurídicas (las de los tratados internacionales de derechos humanos) serán, en adición, directamente aplicables incluso *ex officio*¹⁹. En el segundo caso, la interpreta-

17 En adición, a la Corte Constitucional también le corresponde el cumplimiento de las obligaciones que derivan de las sentencias o informes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas) a cuyo cumplimiento el Estado se obliga por su ratificación de tratados internacionales (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Cfr. artículo 436 numeral 5 del proyecto de nueva Constitución.

18 Cfr. artículo 424 inciso segundo del proyecto de nueva Constitución. En efecto, en la medida en que puede entrar en contradicción con las normas constitucionales y que debe prevalecer sobre “cualquier otra norma jurídica” es forzoso concluir que el rango de los tratados internacionales, en este caso concreto, es supraconstitucional.

19 Cfr. artículo 426 inciso segundo.

ción de los tratados internacionales se sujeta al orden jerárquico que describe el artículo 425 de la nueva Constitución.

3.5. Casos específicos

La nueva Constitución establece algunas situaciones de singularidad. Su artículo 421 obliga a una interpretación de los instrumentos comerciales internacionales que no menoscabe “el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos”. Esta obligación de interpretación, en realidad, es evidente porque la Constitución es “la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”, de conformidad con el artículo 424 de la nueva Constitución y este proyecto establece un amplio elenco en materia de salud (cuyo análisis no corresponde a este trabajo) cuya interpretar debe orientar la actuación de las autoridades judiciales y administrativas²⁰. Es evidente que esta obligación de interpretar el derecho a la salud en este sentido no impide que se pueda adjudicar al Estado ecuatoriano responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de instrumentos comerciales internacionales²¹.

De otro lado, el artículo 422 establece la imposibilidad de “celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personales naturales o jurídicas privadas”²² con excepción de “los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”. El constituyente escribió este artículo en función de los procesos que el Estado ecua-

20 El derecho a la salud es transversal al texto constitucional. Sin embargo tiene una consagración específica en el artículo 32 y en los artículos 358 a 366.

21 Valga citar como referencia para sustentar este punto, el célebre artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

22 Otro gazapo. Solo puede cederse jurisdicción soberana mediante un tratado internacional. En este contexto, el término “instrumento internacional” sobra.

toriano tiene en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” (conocido por sus siglas en español como CIADI). La alternativa el Estado ecuatoriano adopta para no cerrarse a todo tipo de controversia internacional en materia contractual y comercial es congruente con su política de integración latinoamericana, que revisaremos a continuación.

Finalmente, en el caso de controversias relacionadas con la deuda externa el artículo 22 del proyecto de nueva Constitución establece que “el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

IV. Integración latinoamericana

El numeral 11 del artículo 416 de la nueva Constitución establece como un principio rector de sus relaciones internacionales el impulsar, de manera prioritaria, “la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica”. Este numeral del artículo 416 halla su desarrollo específico en el artículo 423 del mismo instrumento jurídico, que establece que “la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe” constituye un “objetivo estratégico” del Estado ecuatoriano. Esta afirmación sobre la integración regional se encuadra dentro de un capítulo cuyo título es, per se, elocuente: “integración latinoamericana”²³.

Es necesario, sin embargo, formular una aclaración sobre el contenido de este artículo 423 de la nueva Constitución. Su encabezado compromete al Estado para que en “todas las instancias y procesos de integración” desarrolle los actos que mencionan los siete numerales que contiene este artículo. Este compromiso del Estado ecuatoriano lo obliga en sus relaciones con la comunidad internacional in toto porque no de otra manera puede entenderse la referencia a “en especial” en el encabezado del artículo (con lo cual, a contrario, debe existir una integración “en general”) y el

23 En adición, el artículo 276 del proyecto de la nueva Constitución establece que el régimen de desarrollo tiene como uno de sus objetivos el “promover la integración latinoamericana”.

enunciado general de comprometerse “en todas las instancias y procesos de integración” sin referencia concreta a la integración con América latina y el Caribe.

Por supuesto, el énfasis del artículo se encuentra en la integración con Latinoamérica y el Caribe. Así, el numeral 1 referente a la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria en el marco de la región; el numeral 4 que protege y promueve la cultura, la comunicación y la memoria común de América latina y el Caribe, el numeral 5 promueve la ciudadanía latinoamericana y caribeña, y la protección de los derechos de los migrantes, el numeral 6 que impulsa una política común de defensa y el numeral 7 que favorece la consolidación de organizaciones de carácter supranacional y la suscripción de tratados de integración regional.

Los otros numerales de este artículo 423, i.e., los numerales 2 y 3 pueden entenderse con referencia a la integración con la comunidad internacional en general. Dichos numerales se refieren a materia ambiental, de desarrollo científico y soberanía alimentaria (numeral 2) y a la armonización de las legislaciones nacionales de acuerdo con los principios de progresividad y no regresividad (numeral 3). El énfasis y la prioridad, sin embargo, en materia de la integración que propone el Estado ecuatoriano la tiene la integración con América latina.

Anexo

Constitución de la República del Ecuador

Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional

Agustín Grijalva Jiménez*

Sumario

I. Introducción. II. La Corte Constitucional: ¿Un superpoder? III. Nuevas atribuciones de la Corte Constitucional. 3.1. Interpretación constitucional. 3.2. Control abstracto. 3.3. Control constitucional de normas conexas. 3.4. Control constitucional de actos administrativos. 3.5. Acción de incumplimiento. 3.6. Jurisprudencia obligatoria. 3.7. Conflictos de competencia. 3.8. Declaratoria de estados de excepción. 3.9. Inconstitucionalidad por omisión. 3.10. Control constitucional previo y dictámenes de constitucionalidad. 3.11. Control difuso y control concentrado de constitucionalidad. 3.12. Sanción por incumplimiento. IV. El riesgo de una nueva instancia. V. La urgencia de una nueva Ley Orgánica de Control Constitucional. VI. La relación de la Corte Constitucional con la Función Legislativa. VII. Los objetivos y las condiciones políticas de la Constitución del 2008.

* Doctor en Jurisprudencia (PUCE) y Politólogo (M.A University of Kansas; PH.D (c) University of Pittsburg). Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. grijalvaagustin@hotmail.com

I. Introducción

La propuesta de fortalecer al actual Tribunal Constitucional mediante una Corte Constitucional¹ con nueva integración, período y atribuciones fue uno de los temas de debate durante el proceso constituyente.

En muchos medios de comunicación han predominado las opiniones y evaluaciones negativas, que ven en la Corte Constitucional un peligroso instrumento de intervención política en la justicia ordinaria, una nueva instancia procesal atentatoria a la seguridad jurídica, y una superposición de un nuevo poder sobre la actual Corte Suprema e incluso sobre el legislativo². Estas críticas, sin embargo, han consistido más en afirmaciones generales que en argumentaciones o estudios elaborados. Pese a ello, algunas de estas críticas apuntan, como veremos, riesgos posibles que deben ser analizados.

El balance preliminar que aquí se presenta, evidencia que la Constitución del 2008 realiza un importante fortalecimiento de la Corte Constitucional. El proyecto fortalece el control constitucional respecto a todas las funciones del Estado y a la solución de ciertos conflictos entre éstas. La mayoría de las nuevas atribuciones de la Corte son pertinentes en el marco de un proceso de constitucionalización del sistema jurídico y político. Sin embargo, el nuevo marco normativo constitucional, siendo necesario, no es suficiente para fortalecer la justicia constitucional en el Ecuador. Para este efecto son indispensables condiciones adecuadas de tipo legislativo, político y cultural.

En este ensayo nos concentramos en la propuesta de Corte Constitucional y, específicamente, en sus atribuciones. Primero analizamos las críticas más razonables y recurrentes respecto a la configuración que hace la Constitución respecto de la Corte Constitucional; posteriormente, identificamos y comentamos brevemente las nuevas atribuciones de la Corte Constitucional, dedicando mayor atención al control constitucional sobre

1 Las denominaciones de “Tribunal Constitucional” o “Corte Constitucional” son prácticamente equivalentes. La nueva Constitución adopta la denominación de Corte para enfatizar los cambios estructurales que introduce, entre los que destaca el fortalecimiento del carácter jurisdiccional del actual Tribunal Constitucional.

2 La Corte Suprema de Justicia ha tenido un rol protagónico en la formulación de estas críticas y en el señalamiento de los riesgos que plantea la Corte Constitucional.

decisiones judiciales. Finalmente, relacionamos estas disposiciones con las condiciones normativas y políticas para su concreción.

II. La Corte Constitucional: ¿Un superpoder?

Una de las objeciones más frecuentes contra la propuesta de Corte Constitucional es la de que constituiría un superpoder por sobre todas las demás funciones y órganos del Estado, un superpoder que no respondería por nada ni ante nadie. Como elementos que evidencian este excesivo poder se alude a las atribuciones de la institución, su período y la eliminación del juicio político, lo cual analizaremos más adelante.

En este punto conviene, primeramente, destacar que el fortalecimiento de los Tribunales o Cortes constitucionales y de la justicia constitucional, en general, no es en absoluto un proceso local y reciente sino que, prácticamente, es un fenómeno mundial³. Es un proceso global iniciado en los años de la segunda postguerra en el caso de Europa Occidental⁴ y en los años ochenta y noventa del siglo veinte, paralelamente a los procesos de democratización en regiones tan diversas como Asia, América Latina⁵ y Europa Oriental. Este proceso responde a la necesidad de que se asegure jurídicamente, mediante jueces especializados, procedimientos y normas, la supremacía de la Constitución, es decir el predominio de los derechos humanos y de los procedimientos democráticos, incluso por sobre la voluntad coyuntural de la mayorías políticas.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano existen antecedentes de un Tribunal o Corte Constitucional desde el año 1945 en que se creó el Tribunal de

3 En algunos países el control constitucional se ha fortalecido en manos de la Corte Suprema, tal es el caso de Argentina, México o Costa Rica en América Latina.

4 Una obra que demuestra cómo tal proceso se inscribe en un verdadero cambio de paradigma jurídico, especialmente en Europa Occidental es Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

5 Para una visión general del desarrollo de la justicia constitucional en Latinoamérica y en relación a otras regiones del mundo, véase Héctor Fix Zamudio, "Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica", en Luis López Guerra, *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.

Garantías Constitucionales. Pese a estos remotos orígenes y a cierto progreso a partir de 1998, el Tribunal Constitucional no ha obtenido hasta hoy la legitimidad, nivel profesional e independencia que deberían caracterizarle. En balance, es una institución controlada por partidos políticos, gremios y asociaciones, influenciada por la corrupción, y en los últimos años sujeta a permanente remoción de sus vocales por parte del Congreso. La Corte Constitucional parte de esta realidad para formular un proyecto de cambio.

En segundo lugar, la crítica de que la Corte Constitucional constituye un superpoder es inexacta puesto que las atribuciones de la Corte Constitucional, como las de cualquier órgano público, se hallan explícitamente establecidas, principalmente en el artículo 436 de la nueva Constitución. Es cierto que estas atribuciones se fortalecen respecto a las que tenía el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1998, pero la gran mayoría de las competencias nuevas son propias de las cortes constitucionales a nivel comparado, comenzando por el control constitucional de decisiones judiciales, que analizamos más adelante, la inconstitucionalidad por omisión o la generación de jurisprudencia obligatoria.

En tercer lugar, los magistrados de la Corte Constitucional “sí responden por sus actos”, según lo establece el artículo 431, pudiendo ser acusados por el Fiscal General, enjuiciados por la Corte Nacional de Justicia y destituidos por el pleno de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, no responden ante los órganos políticos que los nombran ni pueden ser removidos ni reelegidos por ellos, e incluso duran períodos más extensos que los mismos, porque lo que se busca es que la Corte sea independiente⁶. Ciertamente, esta independencia depende no solo de las normas de la Constitución sino de una definida voluntad política, como analizamos al final del presente ensayo.

En conclusión, una Corte Constitucional tiene y requiere límites a su poder. Este órgano, como cualquier otro, puede verse deformado por una

6 Para una revisión histórica de la dependencia política del Tribunal Constitucional respecto al Congreso y el corporatismo en el Ecuador, pueden verse mis artículos: Agustín Grijalva, “Constitucionalidad, institucionalidad y Derecho en el Ecuador”, publicado en Ecuador Debate Nro 71 - Derecho, Reforma Política y Estado, Quito, CAAP, 2007. Así como Agustín Grijalva, “¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, publicado en *Revista de Derecho Foro* No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007.

extralimitación en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, hay factores jurídicos y políticos que la limitan, tales como la enunciación explícita de sus atribuciones en la Constitución y en la ley, la posibilidad de que el Congreso, ante un desacuerdo con sus interpretaciones, reforme la Constitución, la necesidad de consistencia de la propia jurisprudencia constitucional y de que sus sentencias sean obedecidas, la incidencia de la opinión pública sobre la legitimidad de la Corte e incluso la posibilidad de que sentencias arbitrarias sean revisadas por cortes internacionales de derechos humanos. Por éstas y otras razones, cuando una Corte Constitucional se integra con profesionales idóneos e independientes, es frecuente el ejercicio de una prudente auto-limitación en el ejercicio de sus funciones.

III. Nuevas atribuciones de la Corte Constitucional

A más del control constitucional de decisiones judiciales, que examinamos en un apartado específico más adelante, hay otras innovaciones importantes entre las atribuciones de la Corte Constitucional si se las compara a las establecidas para el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1998.

3.1. Interpretación constitucional

Conforme a los artículos 429 y 436 de la nueva Constitución, la Corte es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

En cuanto a lo primero, esto es “la interpretación obligatoria y general de la Constitución por parte de la Corte Constitucional”, esta atribución ha sido cuestionada por cuanto la misma correspondía al Congreso según el artículo 284 de la Constitución de 1998 y hoy se apunta como antidemocrático que una corte, al final un reducido número de magistrados, reemplace al Congreso en ésta función. Esta crítica desde un punto de visto técnico es simplemente anacrónica. No hay forma de asegurar control jurídico de la constitucionalidad de las normas, y en particular de la ley, sin un órgano distinto al Congreso y de carácter jurisdiccional que realice tal con-

trol. Mal puede el Congreso o Asamblea Nacional dictar las leyes y al mismo tiempo, vía interpretación de la Constitución, decidir si son constitucionales o no, es decir ser juez y parte. Por esta razón, aunque todos los órganos y autoridades públicas pueden requerir interpretar la Constitución, es necesario un órgano jurisdiccional competente para realizar una interpretación jurídica obligatoria. En todo caso, más adelante se exponen algunas ideas adicionales sobre la relación entre Legislativo y Corte Constitucional.

Respecto a lo segundo, esto es la “interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos”, habría que precisar que estos mismos tratados suelen establecer los órganos jurisdiccionales competentes para interpretar sus normas, es decir para desarrollar la respectiva jurisprudencia, una competencia que el Estado ecuatoriano, en varios casos, reconoce. En todo caso, los tribunales internacionales de derechos humanos y las cortes constitucionales van desarrollando una dinámica comunicación jurisprudencial, y, en este sentido habría que entender esta nueva atribución.

3.2. Control abstracto

En esta materia, el cambio esencial está dado por la ampliación de la legitimación activa establecida en el artículo 439. Mientras que el artículo 277 de la Constitución de 1998 lo limitaba al Presidente, el Congreso, la Corte Suprema, los gobiernos seccionales, mil ciudadanos o cualquier persona con informe favorable del Defensor del Pueblo, la Constitución del 2008 adopta el sistema de “acción popular”, de forma que la acción puede ser propuesta por “cualquier ciudadano o ciudadana individual o colectivamente” de forma directa, es decir sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo. Éste es el sistema más abierto de acceso a la justicia constitucional en esta materia, adoptado, por ejemplo, también en Colombia. Siendo el más democrático, exigirá de la Corte Constitucional desarrollar adecuadas estructuras institucionales que permitan calificar, con criterio y agilidad, la admisibilidad de tales acciones.

Otro cambio o precisión de importancia está dado por los efectos jurídicos de las declaratorias de inconstitucionalidad de actos normativos. Mientras que los artículos 276-1 y 278 de la Constitución de 1998 establecían que se “suspenden totalmente o parcialmente los efectos de las normas

declaradas inconstitucionales” por el Tribunal Constitucional, el artículo 436-2 de la Constitución del 2008 establece que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la “invalidez del acto normativo impugnado”. La definición adoptada por la nueva Constitución es técnicamente mucho más adecuada puesto que el control de constitucionalidad no busca ninguna “suspensión de normas” sino su expulsión del orden jurídico una vez verificada su incompatibilidad con la Constitución⁷.

3.3. Control constitucional de normas conexas

El numeral 3 del artículo 436 de la nueva Constitución establece que la Corte Constitucional podrá declarar, de oficio, la “inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento”. Esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad. La actuación de oficio por un Tribunal Constitucional, como se sabe, es excepcional, pero en este caso la excepción es razonable puesto que si los jueces ordinarios pueden suspender o inaplicar una norma jurídica en una causa, con mayor razón la Corte Constitucional debe estar facultada para realizar tal control, pero con efectos definitivos dado su carácter de órgano de cierre⁸.

3.4. Control constitucional de actos administrativos

En esta materia, la Constitución del 2008 es más precisa que la de 1998. El artículo 276-2 de la Constitución de 1998 hacía referencia a “actos administrativos de toda autoridad pública”, mientras que el artículo 436-4 se

7 Para comentarios doctrinales sobre esta incoherencia en la Constitución de 1998 ver: Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, Guayaquil, Edino, 1999, p. 192. Luis Ávila, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 51.

8 El Derecho Comparado muestra el sentido lógico de esta atribución, así por ejemplo el artículo 78 del Código Procesal Constitucional del Perú establece una facultad similar cuando establece: “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”.

refiere a actos “administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública”. La inclusión de los efectos generales es pertinente y aclaratoria, puesto que si los efectos del acto administrativo son individuales, lo que procede no es la acción pública de inconstitucionalidad sino el amparo o recurso de protección.

3.5. Acción de incumplimiento

El artículo 436-5 atribuye a la Corte el conocimiento, a petición de parte, de acciones por incumplimiento de actos administrativos así como sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. El artículo 93 de la nueva Constitución también se refiere a esta atribución aunque en términos amplios puesto que alude, de forma muy general, a “normas que integran el sistema jurídico”. La acción por incumplimiento en países como Colombia o Perú tiene un ámbito más restringido, en tanto se limita a leyes y actos administrativos⁹, aunque esto plantea la paradoja de la ausencia de esta acción para normas de rango constitucional. Tampoco es del todo claro que esta función corresponda, de forma específica o exclusiva, a la Corte Constitucional. En todo caso, deberá ser la propia Corte la que, mediante su jurisprudencia y considerando los requisitos de cumplimiento de obligación clara, expresa y exigible del artículo 93 de la nueva Constitución, delimite, en términos operativos, esta atribución.

3.6. Jurisprudencia obligatoria

Una innovación fundamental entre las atribuciones de la Corte Constitucional consiste en la facultad para establecer “jurisprudencia constitucional obligatoria”, conforme al artículo 436-6 y el artículo 86-5. En efecto, la Constitución del 2008, en el artículo 86-3 segundo inciso, esta-

⁹ En el caso peruano, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece como objeto de esta acción que el funcionario cumpla una norma legal o ejecute un acto administrativo, o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

blece que las sentencias de primera instancia sobre garantías jurisdiccionales podrán ser apeladas, no ante el Tribunal Constitucional sino “ante la corte provincial”, transformando así a una corte de instancia o apelación como actualmente lo es el Tribunal Constitucional, en una Corte para sentar jurisprudencia obligatoria¹⁰. En otras palabras, a la Corte Constitucional no se podrá apelar de todas las sentencias de primera instancia, sino que será la propia Corte la que, con el fin de establecer jurisprudencia obligatoria, seleccionará casos tipo o especialmente complejos.

Esta innovación tiene, en el caso ecuatoriano, importantes antecedentes. Probablemente, los más remotos remiten a la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Fiscal en los años sesenta del siglo veinte; otro antecedente más reciente está dado por la obligatoriedad de los fallos de triple reiteración dictados por la Corte Suprema en materia de casación a partir de los años noventa¹¹. Sin embargo, en materia constitucional, la obligatoriedad de la jurisprudencia marca un giro estructural.

La facultad de interpretación obligatoria de la Constitución por parte de la Corte Constitucional encuentra su proyección más concreta y, a su vez, más general, justamente en la posibilidad de dictar jurisprudencia obligatoria. En otras palabras, los numerales uno y seis del artículo 436 están estructuralmente vinculados.

Esta situación se visualiza claramente, por ejemplo, en el caso de las sentencias de amparo o acción de protección. Cuando la Corte dicta estas sentencias incluye en su parte motiva o “ratio decidendi” una interpretación del contenido o alcance del derecho o los derechos constitucionales correspondientes. Puesto que puede haber incluso cientos de amparos similares presentados ante los jueces constitucionales¹², la interpretación de la Corte debe proyectarse en el razonamiento judicial aplicado a todos estos casos similares. Este cambio no significa la migración completa a otra familia jurídica, al sistema de precedente anglosajón. Sin negar la interacción entre éste

10 Un cambio comparable al que se realizó con la Corte Suprema en la justicia ordinaria, cuando se la transformó de corte de instancia a corte de casación.

11 Ver Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Andrade y Asociados, 2005. Luis F. Ávila, *Jurisprudencia obligatoria: fallos de triple reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

12 Nos referimos a los jueces ordinarios que realizan funciones de justicia constitucional.

y el derecho continental, lo que implica es un fortalecimiento de la jurisprudencia como fuente de Derecho¹³, un reconocimiento del rol activo y a veces creativo, pero jamás arbitrario, del juez en la dilucidación del sentido de las normas a la luz de su confrontación con casos concretos.

3.7. Conflictos de competencia

La función establecida en el artículo 436-7 para dirimir conflictos de competencias o de atribuciones de funciones del Estado u otros órganos establecidos en la Constitución ya constaba entre las funciones del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1998, así como en el artículo 29 de la Ley de Control Constitucional. Sin embargo, con la nueva y más compleja organización territorial del Estado de la nueva Constitución, esta atribución se fortalece puesto que según el artículo 269-5 los conflictos entre niveles de gobierno, sin perjuicio de ser resueltos en sede administrativa, pueden derivar en acciones ante la Corte Constitucional. Asimismo, corresponde a esta Corte revisar la constitucionalidad de los proyectos de estatutos de autonomía regional presentados por los gobiernos provinciales que deseen constituir una región, así como de las reformas a estos estatutos una vez aprobados (artículos 245 inciso 3 y 246). Estas funciones, por cierto, no son extrañas a las Cortes Constitucionales en Estados federales o autonómicos como lo ejemplifican los correspondientes casos de Alemania y España.

3.8. Declaratoria de estados de excepción

Según el artículo 166 de la nueva Constitución, la Corte Constitucional está facultada para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos presidenciales declaratorios de Estados de excepción. Esta facultad no existe en la Constitución de 1998 que atribuye la capacidad de revocar tales decretos exclusivamente al legislativo. Empero, tiene sentido que el control constitucional opere también sobre tales decretos en vista de su efecto rela-

13 Un texto ilustrativo al respecto es el de Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, capítulos 5 y 6.

tivamente limitativo sobre los derechos y garantías constitucionales que la Corte debe resguardar.

3.9. Inconstitucionalidad por omisión

Otra innovación consiste en la facultad de la Corte Constitucional para controlar las inconstitucionalidades por omisión establecida en el artículo 436-10 de la Constitución del 2008. Aquí, el principio base radica en que la Constitución se puede violar no solo por lo que se hace sino por lo que se deja de hacer. Esto sucede cuando es la propia Constitución la que incluye un mandato específico a cumplirse en un plazo determinado, como por ejemplo la obligación de dictar determinada ley en un año. Si el legislador omite hacerlo viola la Constitución. En tal situación, la Corte, según la nueva Constitución, podría dictar una normativa provisional. La inconstitucionalidad por omisión ha sido reconocida y regulada vía normativa o jurisprudencial en varios países, tales como Brasil, Costa Rica, Portugal, Venezuela, Colombia, España, Italia y Alemania¹⁴.

3.10. Control constitucional previo y dictámenes de constitucionalidad

El artículo 438 de la nueva Constitución mantiene el control previo de tratados internacionales y objeciones presidenciales por inconstitucionalidad establecido en la Constitución de 1998. Empero, en la Constitución del 2008 este tipo de control por parte de la Corte Constitucional se fortalece significativamente, ampliándolo a diversos ámbitos. Así, a diferencia de la Constitución de 1998, se contempla el “control previo de la constitucionalidad de las preguntas propuestas para consultas populares” de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados (Art. 104 inciso final), así como “la calificación por parte de la Corte Constitucional del procedimiento pertinente para la reforma constitucional” (Art. 443).

14 Sobre el tema puede verse Iván Castro Patiño, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Varios, *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2006. Así como también Diego Andrés Parra, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas” publicado en *Revista Foro* No. 4, 2005, Quito, Universidad Andina.

También se requiere de dictamen previo de “admisibilidad” por parte de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional pueda proceder al “enjuiciamiento político del Presidente” de la República por las causales del artículo 129, así como para su “destitución por arrogarse funciones que no le corresponden” según el artículo 130. Correlativamente, corresponde también a la Corte verificar la “constitucionalidad del decreto presidencial de disolución de la Asamblea” Nacional por parte del Presidente de la República cuando, en cambio, éste considere que la Asamblea se ha arrogado funciones que no le competen constitucionalmente (Art. 148).

Finalmente, el artículo 145 establece las “causales por las cuales el Presidente cesa en sus funciones”. Entre ellas, la establecida en el numeral cinco se refiere al “abandono del cargo”. Corresponde, en estos casos, a la Corte Constitucional comprobar tal abandono antes de que la Asamblea Nacional lo declare con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.

Como puede apreciarse, estas innovaciones apuntan a someter a control constitucional, tanto las reformas constitucionales como algunas decisiones políticas cruciales en los conflictos entre legislativo y ejecutivo. Esta canalización constitucional de los conflictos políticos es positiva en tanto en cuanto la Corte Constitucional active, efectivamente, un control jurídico independiente. Se requiere, en consecuencia, una efectiva sujeción de los actores políticos - Asamblea y Ejecutivo - a tal control.

3.11. Control difuso y control concentrado de constitucionalidad

El artículo 428 otorga a la Corte la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de normas a las que los jueces consideren inconstitucionales en el curso de un proceso, debiendo, en este caso, suspender tal proceso hasta que la Corte Constitucional resuelva de forma general. En contraste, según el artículo 274 de la Constitución de 1998, el juez inaplicaba la norma inconstitucional y fallaba en la causa con independencia del criterio que ulteriormente emitiera, sobre el asunto, el Tribunal Constitucional. Se ha dicho que esta reforma elimina así el control difuso y generará retardo procesal. Sin embargo, esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 425 y 426 de la nueva Constitución mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales. En consecuencia, la Ley Orgánica de

Control Constitucional y la jurisprudencia deberán clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad.

3.12. Sanción por incumplimiento

El artículo 436 numeral 9 da a la Corte Constitucional la facultad de conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. Esta norma tiene un alcance más amplio que el artículo 278 numeral 2 de la Constitución de 1998 que hacía referencia a sanciones solo en los casos de incumplimiento de la declaratoria de inconstitucionalidad. Será la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia constitucional la que precise los alcances de esta facultad. En todo caso, está claro que hay una tendencia a incrementar los medios jurídicos coercitivos de que dispone la justicia constitucional para que se acaten sus decisiones. En este mismo sentido apunta, por ejemplo, el artículo 86-4 que faculta a los jueces constitucionales que conocen y resuelven a garantías para que destituyan a los funcionarios públicos que desacaten sus fallos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

IV. El riesgo de una nueva instancia

La nueva Constitución (Art. 439) faculta a la Corte Constitucional para conocer acciones extraordinarias de protección (es decir lo que antes se denominaba amparo) contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, firmes o ejecutoriados, cuando aquellos violan el debido proceso u otros derechos fundamentales. Ésta ha sido una de las innovaciones más atacadas por cuanto se ve en ella una innecesaria y peligrosa prolongación de los procesos judiciales mediante una nueva instancia, que supuestamente no encuentra paralelo en el Derecho Comparado.

Es una innovación innecesaria, afirman los críticos, porque son o deben ser los propios jueces los que resguardan en el trámite de las causas el debido proceso. Es peligrosa porque abre la posibilidad de que muchos abogados recurran a este amparo extraordinario para dilatar aun más los procesos judiciales, atacando incluso la cosa juzgada de las sentencias y, por tanto, la seguridad jurídica.

Los riesgos, según estos críticos, van más allá, puesto que al ser el Tribunal o Corte Constitucional una institución politizada, con esta facultad se convierte en un instrumento de intervención política directa en la justicia ordinaria. En tal sentido, incluso la Corte Suprema (que pasa a denominarse Corte Nacional de Justicia) pierde su carácter de tribunal máximo de la justicia ordinaria y queda subordinada a estos designios políticos.

Respecto a estas críticas, hay que señalar, primero, que la institución de “control constitucional de decisiones judiciales” no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagancia. Por el contrario, la institución existe en muchos países con sistemas jurídicos similares al nuestro. Así, por ejemplo, existe con mayor o menor amplitud en todos los demás países de la Comunidad Andina, así como en Chile, España o Alemania por citar algunos. A nivel del Derecho Comparado, lo extraño, más bien, es la prohibición absoluta que establece la Constitución ecuatoriana de 1998, como lo expresa la Comisión Andina de Juristas: “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial”¹⁵.

En efecto, la creciente difusión internacional del control constitucional de decisiones judiciales responde a una lógica incontrastable y a una necesidad estructural. Si en un país regido por una Constitución, el Tribunal o Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional, para cumplir esta función debe tener también la posibilidad de controlar la constitucionalidad de actos del poder judicial. Para tal objetivo, debe actuar estrictamente cuando hay realmente un problema constitucional, como la violación al debido proceso, pues de otra manera violaría el principio de independencia judicial y se arrogaría funciones de la justicia ordinaria.

No obstante, algunos ministros de la actual Corte Suprema han esgrimido el argumento de que en el caso de los jueces son ellos mismos los que controlan el debido proceso y protegen los derechos fundamentales en las causas que conocen. Ciertamente, esto es lo que “debe suceder” pero no lo

15 Comisión Andina de Juristas, *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*, Lima, 2000.

que “siempre sucede”. Y es justamente para la segunda situación que existe el control constitucional de decisiones judiciales y otros actos de autoridad pública.

Los jueces ordinarios no solo que están obligados a actuar en el marco de la Constitución, como lo está cualquier autoridad pública, sino que cumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como las garantías jurisdiccionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.) y el examen de la constitucionalidad de las normas legales e infralegales que aplican en el proceso. Esta sujeción de todas las funciones, órganos y autoridades públicas a la Constitución es lo que define al Estado Constitucional moderno¹⁶. Por supuesto, se podría esperar de los jueces, por sus propios conocimientos y experiencia, un auto-control constitucional más estricto, más eficiente, pero no perfecto.

Ahora bien, incluso bajo el supuesto, más bien ideal, de que los jueces ordinarios cumplan siempre con el debido proceso, bien pueden surgir diferencias entre ellos respecto a la interpretación constitucional de ciertos principios o ciertos derechos. ¿Quién puede unificar criterios en estos casos? Una posibilidad sería que lo haga la actual Corte Suprema o Corte Nacional de Justicia. Pero, en tal caso, surgirían inevitablemente contradicciones con la interpretación y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En un sistema de control constitucional mixto como el nuestro, en el que hay elementos de control concentrado, es necesario que un único tribunal actúe como órgano de cierre del sistema y supere estas diferencias interpretativas mediante una jurisprudencia única y obligatoria. La falta de unidad y claridad en la interpretación de los derechos fundamentales es claramente una situación atentatoria a la seguridad jurídica de los ciudadanos y por ello se requiere esta labor unificadora de la Corte Constitucional¹⁷.

Son razonables las críticas en el sentido de que una atribución de este tipo crearía una nueva instancia y dilataría los procesos, pero lo son única-

16 Un interesante libro que muestra sistemáticamente la necesidad lógica y política de esta sujeción es el de Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

17 Esta necesidad ha sido bastante debatida en el caso colombiano; véase Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad <http://dejusticia.org/>

mente bajo el supuesto de una inadecuada regulación legal de tal atribución y un verdadero abuso de aquella por parte de la Corte Constitucional. Por el contrario, si la Corte Constitucional se limita estrictamente a examinar las violaciones al debido proceso constitucional u otras evidentes violaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales, tal control contribuye antes que dificulta el correcto funcionamiento de la justicia ordinaria.

En efecto, la propuesta constituyente apunta a una estricta regulación de tal atribución, y la Corte Constitucional independiente y profesional que la nueva Constitución busca regularía adicionalmente esta facultad mediante su propia jurisprudencia. Según la nueva Constitución, esta atribución de la Corte Constitucional se ejerce “solo cuando los autos y sentencias sean definitivos y se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la interposición no fuera atribuible a negligencia del titular del derecho violado”. A estas regulaciones habrá que agregar las que desarrolle la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional en relación a plazos y otros requisitos que posibiliten un razonable y adecuado funcionamiento de la institución. En definitiva, esta atribución de la Corte Constitucional no es absoluta o incondicionada sino que, más bien, tendrá un carácter reglado y excepcional.

De hecho, la estricta regulación legal y jurisprudencial de este tipo de control, y no su exclusión, ha sido la solución que se ha implementado en países como Colombia, Perú o España.

Es cierto también que una facultad de este tipo, en manos de una Corte Constitucional manipulada políticamente o corrupta, implica grandes riesgos, puesto que convertiría a la Corte en un instrumento de ilegítima intervención en la justicia ordinaria. Pero la solución a tal problema no es atrofiar el desarrollo de la justicia constitucional en el país sino luchar por una Corte independiente y profesional.

No es aceptable dejar de desarrollar las instituciones que el país necesita para defender los derechos de sus ciudadanos bajo el argumento de que tales instituciones han funcionado mal o de que pueden ser manipuladas por el gobierno de turno o por partidos y movimientos políticos. Si tal fuera el caso, habría que eliminar también otras atribuciones de la Corte Constitucional igual de importantes respecto al control constitucional sobre normas generales o actos de autoridad pública. Es más, en esa misma lógi-

ca, otras funciones o instituciones deficientes como el propio Congreso (actual Asamblea Nacional), la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía o la propia Corte Suprema deberían, para subsistir o mejorar, ser privadas de funciones que le son propias.

El control de constitucionalidad de decisiones judiciales lo que exige es un serio compromiso político con el Estado Constitucional y, por tanto, con la independencia y profesionalismo de la Corte Constitucional¹⁸. Es esta decisión y compromiso político y no la eliminación o debilitamiento de la Corte lo que puede fortalecer el Estado Constitucional de Derecho en el Ecuador. En todo caso, más adelante en este ensayo volveremos sobre las condiciones políticas de la nueva Constitución.

V. La urgencia de una nueva Ley Orgánica de Control Constitucional

Una de las principales deficiencias legislativas que menguaron la eficacia de la Constitución de 1998 fue la ausencia de una nueva Ley de Control Constitucional. La Ley vigente de Control Constitucional se dictó en 1997, es decir, con anterioridad a la Constitución de 1998, y presenta, por tanto, importantes desajustes con la Carta Fundamental. Para eliminar o al menos reducir tales desajustes se produjeron, en los últimos diez años, varios intentos de reforma de la actual Ley de Control Constitucional, pero ninguna de estas reformas llegó a concretarse.

Una prolongada ausencia de una nueva Ley Orgánica de Control constitucional generaría una situación inmanejable con la Constitución del 2008 puesto que la profundidad de las reformas a la justicia y al control constitucional convierte a esta nueva ley orgánica en una necesidad urgente e ineludible. En consecuencia, la disposición transitoria primera de la Constitución del 2008 establece un plazo máximo de trescientos sesenta días para la aprobación de la nueva ley. Si el Legislativo no aprueba la nueva ley en este plazo

18 He examinado estas condiciones políticas en mi artículo "Independencia, acceso y legitimidad de la Corte Constitucional" publicado en Varios, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

máximo se produciría un caso de inconstitucionalidad por omisión y sería la propia Corte Constitucional la que debería dictar una normativa provisional de conformidad con el artículo 436 numeral 10 de la nueva Constitución.

La nueva Ley de Control Constitucional, como se decía anteriormente, es clave para la adecuada regulación del control constitucional sobre decisiones judiciales. Asimismo, todas las nuevas atribuciones de la Corte, así como las reformas a las hoy existentes, requieren, en mayor o menor grado, una adecuada regulación legal. Es también esencial que esta ley regule aspectos de organización interna de la Corte que le permitan un funcionamiento y desarrollo institucional acorde a estas nuevas funciones. Aspectos como el alto perfil técnico del personal de la Corte o la integración de una administración eficiente y diferenciada de la actividad jurisdiccional son fundamentales para la obtención de buenos resultados.

Por otra parte, el enfoque de la nueva Ley de Control Constitucional no puede sino corresponder al carácter garantista de la nueva Constitución. Así, por ejemplo, la Carta del 2008 se caracteriza por des-formalizar las garantías jurisdiccionales (amparo o acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, entre otras), así como ampliar tanto su objeto como la legitimación activa. Siguiendo tales lineamientos, la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional debe diseñarse de forma que regule pero no restrinja inconstitucionalmente estas garantías.

La importancia de la Ley Orgánica, en todo caso, no sustituye ni disminuye el rol que la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional deberá también jugar en la precisión y regulación de las garantías jurisdiccionales, la reglamentación de sus competencias y la definición del contenido de derechos constitucionales. La Ley Orgánica, siendo vital para el nuevo control constitucional, no puede reemplazar la experiencia práctica y el estudio doctrinal de los que deberá derivar la jurisprudencia obligatoria de la Corte.

VI. La relación de la Corte Constitucional con la Función Legislativa

Otras críticas a la Corte Constitucional provinieron incluso de algunos asambleístas de Alianza País durante los debates y hacían relación al rol de

la Corte frente al Legislativo. La preocupación fundamental es la de que la Corte, al actuar como intérprete máximo de la Constitución coarte, disminuya o desplace la discusión y definiciones democráticas que deben tener lugar en el legislativo.

Éste, en realidad, es un viejo y permanente debate que persigue a las cortes constitucionales alrededor del mundo. El problema radica en la amenaza de aristocracia judicial que supone un Tribunal Constitucional no elegido popularmente y que puede imponerse a la voluntad de representantes elegidos por millones de electores. No tenemos aquí espacio para reproducir los fuertes argumentos a favor y en contra de las cortes constitucionales a este respecto¹⁹. Pero sí puede afirmarse que va desarrollándose un creciente consenso que plantea que en el Estado constitucional moderno, la función legislativa y el control constitucional son dos realidades en tensión pero complementarias.

En efecto, sin un control constitucional que resguarde los procedimientos, derechos y límites inherentes al proceso democrático, la actuación legislativa puede derivar en un autoritarismo mayoritario que diluya el propio marco constitucional. Inversamente, una Corte Constitucional extremadamente formalista e insensible a las tendencias políticas democráticas prevalecientes en un momento dado puede convertirse en un grave obstáculo a cambios legítimos y necesarios. Un Estado constitucional requiere, entonces, pese a las inevitables tensiones, un trabajo de cooperación y complementariedad entre legislativo y Corte Constitucional.

VII. Los objetivos y las condiciones políticas de la Constitución del 2008

Como puede apreciarse, el proyecto de fortalecer el Tribunal o Corte Constitucional se inscribe en un proceso más amplio de fortalecimiento de

19 Puede examinarse al respecto Roberto Gargardla, “Las amenazas del constitucionalismo. Constitucionalismo, derechos y democracia”, en Marcelo Alegre et al., *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. Una moderna defensa del constitucionalismo se encuentra en Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional” en Christian Courtis (compilador), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

la justicia constitucional en su conjunto. No se trata, como se ha afirmado, de hacer de la Corte un superpoder, sino de constituirla en un órgano verdaderamente jurisdiccional de control e interpretación constitucional. Para el efecto, se fortalecen tanto los derechos como las garantías constitucionales. Un funcionamiento adecuado de estas instituciones debería distribuir y limitar el poder antes que concentrarlo.

Las críticas a la propuesta de Corte Constitucional han confundido sistemáticamente dos asuntos profundamente relacionados pero claramente diversos; una cosa es el diseño normativo de la Corte que consta en la nueva Constitución y otro las condiciones políticas para su implementación.

En cuanto al diseño, contrariamente a lo que afirman numerosas críticas desinformadas y poco cuidadosas, no hay nada en la conformación de la Corte Constitucional que sea absurdo, mera novelería o infantilismo para usar algunas de las calificaciones usadas al respecto con excesiva facilidad en la prensa, especialmente en varios editoriales. Las atribuciones, composición y períodos de la Corte Constitucional son comunes en el Derecho Comparado puesto que son necesarias y coherentes en un Estado Constitucional.

Pese a lo razonable, el modelo mismo de la Corte ha sido duramente atacado por parte de los medios de comunicación y por la oposición calificándolo como parte de un proyecto autoritario del gobierno de Correa, un mecanismo de concentración de poder y de intervención política en el sistema judicial. Empero, la debilidad de los argumentos contra el modelo en sí, revela que la verdadera preocupación de los críticos es respecto a las condiciones políticas en que surge, es decir la implementación del mismo.

A este respecto, hay que aclarar, primero, que el modelo de Corte Constitucional no surge originariamente del gobierno de Correa sino de la Comisión de Juristas del CONESUP que preparó el proyecto de Constitución; tiene, por tanto, un origen académico y técnico antes que político. La propuesta de Corte Constitucional no es resultado de ninguna novelería sino de un proceso de estudio e investigación en el Derecho Comparado y la historia constitucional ecuatoriana, investigación que incluso antecedió a la Constituyente por varios meses. Es cierto que en este proceso también intervino el Tribunal Constitucional mediante una propuesta oficial, pero esta propuesta, en buena parte, siguió las líneas matrices originales del proyecto CONESUP.

Sin embargo, la propuesta de des-partidización de cortes, jueces y organismos de control sí ha sido un eje esencial de la propuesta de Alianza País, incluso desde la campaña presidencial de Rafael Correa. Éste es un compromiso político e histórico del gobierno de Alianza País con el pueblo del Ecuador. Así, por ejemplo, en noviembre del 2007, el Presidente Correa expresaba ante un amplio auditorio nacional e internacional:

...el Gobierno propenderá a una Corte Constitucional integrada por los mejores juristas del país, elegidos de preferencia mediante un procedimiento de designación meritocrática, justo y transparente, de acuerdo con rigurosos criterios de selección. Igualmente es necesaria la generación de una nueva estructura para la jurisdicción constitucional a fin de garantizar su independencia, autonomía y plena eficacia en la realización de su función como máximo guardián de la supremacía de la Constitución²⁰.

Este compromiso político plantea, sin duda, el problema de la forma de nombramiento o designación de los magistrados. El asunto fue discutido por meses, incluso desde el tiempo de la Comisión del CONESUP. La conclusión, a la luz de la experiencia ecuatoriana y de otros países latinoamericanos, fue la de que el proceso de designación debía complementar los aspectos meritocráticos y políticos. ¿Qué significa esto? Que la designación debe, por un lado, ser política, aunque no partidista, a efectos de dar legitimidad a la Corte Constitucional mediante nombramientos realizados por autoridades popularmente electas. En segundo lugar, estas autoridades no pueden ni deben elegir a cualquiera como magistrado, sino que deben seleccionar solo entre quienes tengan los méritos profesionales y éticos para esta función. La valoración de estos méritos debe hacerse de cara al país, bajo procesos de veeduría e impugnación ciudadana.

En general, todo sistema de designación de cortes constitucionales es imperfecto. Ahora bien, si el Ejecutivo tiene mayoría en la Asamblea Nacional y desarrolla un control directo sobre la Función de Transparencia y Control Social, el sistema de designación propuesto por la nueva

20 Varios, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, p. 17.

Constitución no es el más equilibrado. Sin embargo, el mejor sistema, sea cual fuere, es aquel en el que quienes nombran asumen responsablemente esta función y no como un mecanismo de manipulación política²¹. En todo caso, la nueva Constitución plantea para los magistrados un período largo sin reelección, de renovación por tercios, sin juicio político o posibilidad de remoción por parte de quienes los nombran. Estas condiciones, conforme a estudios de Derecho y políticas comparadas, favorecen la independencia de los magistrados.

Por otra parte, es esencial aclarar que una Corte Constitucional subordinada al Ejecutivo, integrada por magistrados políticamente serviles, es decir éticamente y profesionalmente cuestionables, es algo absolutamente contrario a la propuesta o modelo normativo que se viene comentando. La Corte Constitucional tiene como su función inherente la de limitar el poder del ejecutivo y del legislativo mediante la defensa de los derechos fundamentales y de la división del poder que la Constitución establece. Una orientación autoritaria de cualquier gobierno es consustancialmente contraria y excluyente de una Corte Constitucional en serio.

En consecuencia, las fuerzas democráticas en el país deben defender y exigir que la Corte Constitucional sea realmente independiente y profesional en lugar de atacar la propuesta misma de tal tipo de Corte. La Corte Constitucional puede y debe operar como un contrapeso legítimo al poder del Ejecutivo y de la Asamblea Nacional, un contrapeso orientado no a obstaculizar sino a coordinar y complementar la actividad del Presidente y de los legisladores de forma que la actividad de éstos esté constitucionalmente canalizada; se requiere, entonces, una Corte decidida a limitar claramente las crónicas violaciones a la Constitución a que se ha acostumbrado la clase política en Ecuador.

21 Pensemos en sistemas en que la designación se concentra casi totalmente en el Presidente, como el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos. Ello muestra que más importante que quien nombra es a quien se nombra, bajo qué criterios y en qué condiciones se desempeña la magistratura.

Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional

Rubén Martínez Dalmau*

Sumario

I. La fuerza de las constituciones del Estado constitucional. II. La supremacía de la Constitución, garantía de su cumplimiento. III. El control concentrado de constitucionalidad: la protección de la Constitución. IV. Democracia y soberanía en los mecanismos de reforma de la Constitución. V. Conclusión.

I. La fuerza de las constituciones del Estado constitucional

La constitución del Estado constitucional no es, desde luego, cualquier constitución. Debe tratarse de un texto amplio, contundente a la hora de hacer efectivas las decisiones del poder constituyente y capaz de colocar a la constitución en el centro de la vida pública y, en buena medida, en la privada del país. Pero es obvio que esa misma fuerza requiere de un mayor empeño para conseguir su materialización.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Diploma de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas por la UNED. ruben.martinez@uv.es

Como se ha demostrado durante la historia del constitucionalismo, las constituciones ambiguas y vagas pueden aplicarse con facilidad; las que diseñan, innovan y pretenden ser inmanentes a la cotidianidad en una sociedad democrática requieren de un esfuerzo suplementario para ser aplicadas. Si, como afirma Guastini, generalmente los problemas fundamentales de toda interpretación nacen de la ambigüedad y la vaguedad de los textos sujetos a interpretación¹, justamente el Estado constitucional quiere apartarse de esta huída de la voluntad del poder constituyente, que se ha mostrado fácil en otros estadios del constitucionalismo.

Por esta razón, la fuerza de las constituciones del Estado constitucional no se encuentra únicamente en su capacidad material de transformación y, por lo tanto, en su contenido, sino también en los elementos que garantizan su cumplimiento. De poco serviría la constitución más avanzada si resultara inaplicable, como de poco sirvió durante el nominalismo decimonónico un concepto de constitución maleable y desprovisto de sus efectos jurídicos -y, por lo tanto, también políticos-, al menos directamente.

El constitucionalismo revolucionario no podría haber cumplido sus primeros objetivos sin el carácter plenamente vinculante de sus disposiciones. Solo de esa manera, legitimado políticamente a través del poder constituyente y concretado jurídicamente por medio de la norma –la diferencia rousseauiana entre pacto y contrato²– podía este nuevo movimiento trasladar la soberanía del rey al pueblo.

La Constitución de Ecuador de 2008 incorpora un buen número de disposiciones que coinciden con el objetivo de reivindicar esta “fuerza” constitucional, como referencia principal que es en estos momentos del nuevo constitucionalismo latinoamericano³. Desde su artículo primero,

- 1 Riccardo Guastini, “Problemas de interpretación”, *Isonomía* No. 7, octubre 1997, pp. 123 y ss.
- 2 Distinción por la cual “el pacto social otorga al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía” (Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 32); soberanía que se materializa, en el ámbito jurídico, en el contrato, que posteriormente recibirá la denominación de “constitución”.
- 3 En general, cfr. Rubén Martínez Dalmau, “El proyecto de Constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevoconstitucionalismo latinoamericano”, *Entrevozes* No. 15, agosto-septiembre 2008, pp. 67-71.

califica a Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y de justicia”. La denominación, por ella misma, es bien descriptiva de la voluntad del poder constituyente de trascender del Estado social y democrático de derecho. Esta penúltima fase en la evolución del Estado no consiguió garantizar plenamente los derechos sociales pese a que éstos formaban el núcleo del cambio entre el Estado democrático y el Estado social. El calificativo Estado constitucional⁴, con fundamentos en la doctrina pero apenas incorporado formalmente a los textos jurídicos, pretende superar al Estado social y democrático de derecho en varias de sus debilidades. Justo porque proviene de ese “continuum” evolutivo, los avances del Estado social y democrático de derecho se incluyen en la noción de Estado constitucional. Claro está que la consecución del Estado constitucional no se consigue sin más con la incorporación formal del término, pero ésta, en su caso, será norma constitucional y de desarrollo jurisprudencial respecto a los alcances de su contenido. Se trata, por lo tanto, de un aporte de primera importancia al Derecho constitucional comparado.

La “constitucionalización” efectiva del Estado constitucional requiere de contenidos materiales desarrollados en los 444 artículos y demás disposiciones del texto; pero también de elementos formales que desplieguen con rotundidad la fuerza de la Constitución en los términos ya referidos. Estos aspectos apuntan directamente hacia tres previsiones constitucionales cuyo común denominador es proteger la Constitución y hacerla efectiva en toda su amplitud: la consagración de la supremacía constitucional, la protección de la Constitución, y la relación entre soberanía, democracia y reforma constitucional.

4 El artículo 1 de la nueva Constitución se refiere al “Estado constitucional de derechos y justicia”, pero debe hacerse notar que el atributo “de derechos” no se refiere al tradicional concepto de Estado de derecho -ya incorporado en el de Estado constitucional-, sino que hace énfasis en la labor de protección constitucional de los derechos. También “Estado de justicia” cuenta con precedentes comparados (v. gr., Constitución de Venezuela, artículo 2, de 1999).

II. La supremacía de la Constitución, garantía de su cumplimiento

Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita, en primer lugar, porque no siempre ha sido así, aunque hoy nos resulte un lugar común en el pensamiento jurídico⁵. Los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto de constitución aún permanecen en varias posiciones que defienden dos conceptos de constitución, formal y material. El Estado constitucional no puede admitir esta diferenciación; únicamente existe constitución donde hay constitución material, lo que exige su carácter no solo de mandato político, sino –y en un plano similar– el de norma jurídica. Además, si algo nos ha enseñado el desarrollo constitucional europeo es que, pese a que se ha prodigado el carácter vinculante del texto, las propias disposiciones constitucionales han incorporado fórmulas que han puesto en cuestionamiento su eficacia⁶.

Por esa razón, el artículo 424 de la Constitución del 2008 es taxativo: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”. No hay excepción al artículo, y de hecho el mandato se detalla en los artículos precedentes: el artículo 425, cuando señala a la Constitución como la primera en el orden jerárquico de aplicación de las normas; el 426, que determina que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, que debe ser

5 Manuel Aragón Reyes, “La Constitución como paradigma”, en Miguel Carbonell(ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 32.

6 Por ejemplo, el artículo 9.1 de la Constitución española de 1978 afirma que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Pero, acto seguido, después de mencionar los derechos sociales, la Constitución afirma que su reconocimiento, respeto y protección de los principios “informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen” (artículo 53.3) por lo que, en este ámbito, la Constitución renuncia a su carácter de norma suprema. Se trata, en términos de Favoreau, de derechos-crédito o de derechos programáticos, que pierden cuando se comparan con otros textos constitucionales europeos, como el francés (Louis Favoreau, “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* No. 5, enero-marzo 1990, p. 50.).

aplicable directamente por los jueces y autoridades públicas; y como corolario, la disposición derogatoria, cuando afirma, después de invalidar la Constitución de 1998, que “el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. Queda, por lo tanto, manifiesta la preocupación del constituyente por consagrar el carácter “fuerte” en la aplicación de la Constitución; esfuerzo que no podrá obviar el desarrollo posterior, tanto legislativo como jurisprudencial de la Constitución. De hecho, el artículo 11.3 de la nueva Constitución insiste en la idea de aplicabilidad directa, esta vez de los derechos, justamente para alejar cualquier posibilidad de excusar su aplicación por razones tradicionalmente aducidas, como la ausencia de legislación o la incapacidad económica del Estado.

La única excepción –que propiamente no es tal– de la aplicación de una norma sobre el texto constitucional es la prevista en el mismo artículo 424: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. El texto dice bien: no se trata de un problema de “jerarquía”, sino de “aplicación”⁷. Las normas internacionales que benefician a los derechos se “aplican” preferentemente porque así se ha incorporado en la Constitución, que funciona, una vez más, como legitimadora, lo que guarda consonancia con el principio democrático y de prevalencia constitucional.

7 El texto está en consonancia con el artículo 257 del proyecto de Proyecto de Constitución de Bolivia de 2007: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. El artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 utiliza el término “prevalecer”, que puede entenderse como sinónimo del anterior. No obstante, el problema jerarquía/aplicabilidad no se resuelve bien en otras constituciones, como la venezolana, que confunde el significado de los términos (artículo 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”).

III. El control concentrado de constitucionalidad: la protección judicial de la Constitución

Una de las modificaciones más relevantes que incorpora la Constitución del 2008 es el cambio de un sistema de control difuso a un sistema de control concentrado de la constitucionalidad. En efecto, a diferencia de la Constitución de 1998, que en su artículo 274 habilitaba a cualquier juez a declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que considerara contraria a la Constitución, el artículo 428 de la nueva Constitución introduce un cambio sustancial ante un suceso de estas características: el juez deberá remitir la norma sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad a la Corte Constitucional, que deberá resolver al respecto en un plazo máximo de cuarenta y cinco días. Se trata, a todas luces, de una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente, con el propósito de fortalecer la justicia constitucional por medio del control concentrado de la constitucionalidad, responsabilidad de la Corte Constitucional.

Con independencia de los debates sobre las ventajas y desventajas entre los sistemas difusos, mixtos y concentrados, lo cierto es que las nuevas tendencias del constitucionalismo avanzan hacia fórmulas mixtas o concentradas⁸. El control difuso aparece históricamente en el constitucionalismo norteamericano por vía jurisprudencial, justamente porque la Constitución norteamericana de 1787 no preveía la garantía de la Constitución. Garantía que fue asumida de hecho por el juez ordinario, con capacidad de dejar de aplicar una ley al caso concreto por considerarla inconstitucional, y que partía de la base no solo de la imprevisión constitucional, sino del —en términos de Pegoraro— *background* político-jurídico⁹ y de las características de la Constitución de 1787 que, en buena medida, han marcado su futuro¹⁰. La influencia norteamericana sobre las constituciones latinoamericanas fue

8 El último ejemplo es el del proyecto de Proyecto de Constitución de Bolivia, cuyo Tribunal Constitucional Plurinacional “ejerce el control de constitucionalidad” y resuelve acerca de las “acciones directas e indirectas de inconstitucionalidad” (artículos 197 y 203).

9 Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 33.

10 Estas características han producido, en opinión de Acosta, “la atrofia del *amending power*, regulado en el artículo 5 de la Constitución, cuya rigidez y premeditadas dificultades solo han permiti-

particularmente clara en aspectos como la conformación del legislativo, el presidencialismo y la asunción del control difuso¹¹. Los sistemas concentrados, una vez puestos en práctica en el constitucionalismo europeo ya entrado el siglo XX, tardaron décadas en ser considerados en América Latina, y solo lo fueron seriamente cuando se demostró su utilidad en el marco de la garantía de unas constituciones como las europeas, sustancialmente más cercanas al nuevo constitucionalismo latinoamericano. Hoy en día, el papel de los jueces constitucionales en el control concentrado de constitucionalidad, aunque no exentos de problemas, es una característica intrínseca al propio concepto de Estado constitucional.

Al respecto, uno de los principales retos que se plantean actualmente las ciencias jurídicas en general y el derecho constitucional en particular, es el perfeccionamiento de este control concentrado de constitucionalidad. El mecanismo, aunque supone un avance frente a modelos anteriores, es claramente mejorable y se ha enfrentado es menos de un siglo de historia a multitud de problemas que el modelo teórico kelseniano no supo o no pudo dar respuesta. Uno de estos problemas, quizás aún lejos de contar con una solución ampliamente satisfactoria, es el de la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, que no puede ser únicamente sobre su origen –elección democrática de los miembros–, sino que debe extenderse a su actuación, puesto que el control democrático forma parte intrínseca del concepto de soberanía del pueblo y, por lo tanto, de constitución¹².

do 15 enmiendas en los últimos 130 años (algunas tan obvias como la abolición de la esclavitud y el derecho al voto de las personas de color y otras tan irrelevantes como las del consumo de alcohol); b) el dinamismo constitucional de los Estados miembros de la Unión, que ha suplido al artrritismo de la Constitución federal y servido de amortiguador a las demandas y conflictos nacionales; y c) el papel crucial del Tribunal Supremo como productor incesante del Constitución material durante sus largos ciclos de activismo”, y que ha provocado una metamorfosis del Derecho constitucional estadounidense (José Acosta Sánchez, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos* No. 100, abril-junio 1998, p. 59.

11 En general, cfr. Thomas Buergenthal, Jorge Mario García Laguardia, y Rodolfo Piza Rocafort, *La Constitución norteamericana y su influencia en Latinoamérica (200 años 1787-1987)*, San José de Costa Rica, CAPEL, 1987.

12 Como afirma Aragón, el único concepto de Constitución «constitucionalmente adecuado», es decir, el único capaz de dotar a la Constitución de fuerza “normativa”, en cuanto que descansa en la limitación “del” Estado y no en su mera “autolimitación”, es el que se articula, teóricamente,

La legitimidad de origen, aunque no asume opciones tan drásticas como la elección directa de la Corte Constitucional¹³, encuentra en la nueva Constitución su anclaje con el principio democrático a través de la elección de los magistrados por fórmulas democráticas indirectas, con la participación de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La búsqueda de mecanismos de control de su actuación no se determina solo por las diferentes responsabilidades previstas en la Constitución –artículo 431–, sino en los criterios de interpretación que debe aplicar la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el artículo 427, siguiendo algunos precedentes comparados¹⁴, introduce un elemento de control de la actividad interpretativa vinculante: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”. No se trata de un “*númens clausus*” de criterios interpretativos, pero sí de determinadas guías de aplicación destinadas a que la interpretación constitucional no pueda desvirtuar los avances introducidos en el texto de la Constitución, como ha ocurrido en el pasado en diferentes contextos históricos¹⁵. Se quiere poner punto y final de esta manera al “*référé législatif*” que prevé la Constitución de 1998¹⁶.

sobre el principio democrático (la soberanía del pueblo), principio que no es solo de carácter político, sino también jurídico, pues las consecuencias que para el mundo del Derecho se derivan de concebir a la Constitución como expresión de la “autodeterminación” popular son extraordinariamente relevantes”. (Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 19, enero-abril 1987, pág. 49.).

- 13 Opción que sí tomó la Asamblea Constituyente boliviana cuando decidió la elección directa de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional (artículo 199 del proyecto boliviano de Constitución), junto con otros altos órganos del Estado, como el Tribunal Supremo de Justicia o el Control Administrativo Disciplinario de Justicia.
- 14 El último caso del proyecto de Constitución boliviana, cuyo artículo 197.II determina que “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.
- 15 En general, cfr. María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- 16 El artículo 284 de la Constitución de 1998 deja en manos del Congreso Nacional la interpreta-

IV. Democracia y soberanía en los mecanismos de reforma de la Constitución

En definitiva, qué duda cabe acerca de la necesidad de una presencia efectiva del principio democrático en la configuración del Estado constitucional; un principio enraizado en la residencia de la soberanía en el pueblo¹⁷ y que debe alcanzar no solo a la legitimidad democrática –incluido el control– de los órganos públicos, sino también a la reforma constitucional. Es justamente la existencia de una Constitución rígida la primera condición del Estado constitucional a la que alude Guastini¹⁸. No se trata de entender la rigidez en sentido clásico, aquel que se refería principalmente a los complejos procedimientos para la reforma constitucional, principalmente en el marco de los poderes constituidos¹⁹. Se trata de una rigidez “material”, por la cual los artículos de la Constitución no pueden ser modificados sin la aprobación del poder constituyente, esto es, del pueblo soberano; es decir, la erradicación de los sucesivos intentos de la “representación” de encerrar al poder constituyente²⁰, lo que lleva marginación del “poder constituyente constituido”, un contrasentido en los términos del nominalismo que perdura, y que pierde por fin todo el sentido en el marco del Estado constitucional.

ción general y obligatoria de las normas constitucionales, para lo cual era suficiente con el trámite legislativo ordinario, y requería de la aprobación de las dos terceras partes del Legislativo.

17 Principio materialmente presente en toda la Constitución, pero formalmente previsto en el artículo 1: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. El ejercicio de la soberanía por los órganos del poder público se refiere, no obstante, más a un efecto de la soberanía que a una verdadera función, que por su propio carácter solo puede ser directa; las otras formas de participación hacen alusión a la posibilidad de activación directa del poder constituyente.

18 Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 50 y ss.

19 Al respecto, el referente sigue siendo James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

20 “Encerrar al poder constituyente en la representación –se pregunta Negri– (...) ¿qué otra cosa es sino la negación de la realidad del poder constituyente, su fijación en un sistema estático, la restauración de la soberanía tradicional contra la innovación democrática?”. Antonio Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid Libertarias/prodhufi, 1994, p. 20.

En el caso de la nueva Constitución del 2008, no solo el pueblo puede directamente activar el poder constituyente, sino que la mayor parte –y la más relevante– de la Constitución no puede modificarse sin la aprobación en referéndum del pueblo ecuatoriano, lo que margina el poder de reforma que, hasta el momento, se ha situado, con pocos límites, en las manos del poder constituido²¹; no en vano la regulación de la reforma constitucional prevista en la Constitución de 1998 ha sido acusada de “restrictiva”²². El artículo 441 de la nueva Constitución establece el procedimiento de enmienda de la misma, de ámbito material restringido, aunque constituye el único caso que no requiere necesariamente de referéndum aprobatorio final²³, y el artículo 442 regula el procedimiento de reforma, de mayor envergadura que la anterior²⁴. Por último, el artículo 444 –final del texto–

- 21 La Constitución de 1998, por ejemplo, preveía una importante función de los poderes constituidos en la reforma constitucional, tanto si ésta correspondía al Legislativo –donde se preveía un método rígido en su sentido clásico: mayorías cualificadas y un período mínimo de un año entre las lecturas parlamentarias– como al mismo pueblo, cuya consulta popular solo podía ser convocada por el Presidente de la República y con calificación previa de urgencia por el Congreso Nacional, o en caso de que el Legislativo no se hubiera ocupado de las reformas durante los ciento veinte días siguientes al año del primer debate (artículos 289-283).
- 22 Roberto Viciano Pastor, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004, p. 65.
- 23 “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional”.
- 24 “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por

determina, de forma fiel, al estricto sentido democrático, que únicamente el pueblo, en ejercicio de su soberanía, puede convocar a la Asamblea Constituyente, por su naturaleza plenipotenciaria²⁵. Se garantiza, de esta manera, la aplicación del principio democrático en su más radical sentido en cualquier revisión profunda del texto.

No obstante, como puede observarse en la regulación de la enmienda constitucional (artículo 441), el poder de reforma delegado en los órganos constituidos no ha quedado conjurado del todo en la nueva Constitución, y una parte de la Constitución –aquella que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución– podrá ser modificada por el Parlamento, es decir, por el poder constituido. Se trata de una de las sombras de la Constitución, y un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano²⁶. Aunque la previsión es menos grave de lo que pudiera haber sido –y, en todo caso, una mejora sustancial respecto a la Constitución de 1998– porque, por una parte, sustrae del poder constituido la posibilidad de modificar aspectos sustanciales del texto, y por otra, incorpora la iniciativa popular tanto para la propuesta de enmiendas y reformas constitucionales, como para convocar al máximo exponente del cambio constitucional: la Asamblea Constituyente.

la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

25 “La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos”.

26 En efecto, tanto la Constitución venezolana de 1998 (artículos 342-346) como el proyecto de Proyecto de Constitución de Bolivia del 2007 (artículo 411) habían marginado completamente al poder constituyente constituido.

V. Conclusión

Con la Constitución del 2008, la Asamblea Constituyente ecuatoriana dio un paso firme hacia la creación de un Estado Constitucional en el país. Con sus defectos –algunos de ellos comprensibles en el marco de un proceso de cambio; otros como la permanencia del poder constituyente constituido, entendibles con más dificultad–, la Constitución es un buen ejemplo del avance del constitucionalismo democrático: a la vez que es heredera de la evolución constitucional, en particular del nuevo constitucionalismo latinoamericano, ofrece también al futuro constituyente, tanto regional como mundial, formas originales, novedosas y valientes de enfrentar los problemas del país, y que no son esencialmente diferentes a los que deben enfrentar otras sociedades.

La creación del Estado constitucional pasa, como se ha analizado, por el establecimiento de una Constitución fuerte. No cabe duda que es ese el empeño del constituyente ecuatoriano, esfuerzo que, en los aspectos formales, se demuestra en la apuesta firme por una Constitución normativa y plenamente aplicable, la conformación de nuevas formas de control de la constitucionalidad y la primacía del principio democrático con la “cuasimarginación” del poder constituyente constituido. Pero no cabe dejar de ver el carácter evolutivo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, traducido en lo que se ha denominado “constitucionalismo de transición”. Por esa razón, el pueblo ecuatoriano, que ha protagonizado el primer ejemplo de revisión dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, tendrá que ser capaz de entender cuándo hará falta profundizar determinados aspectos, ampliar ciertos derechos o avanzar hacia la consolidación del Estado Constitucional, lo que supone comprender que la Constitución del 2008, no es una Constitución “sin errores”, sino, sencillamente, un texto constitucional necesario en el tiempo histórico que vive el país.