

La Constitución del 2008 en el contexto andino.
Análisis desde la doctrina y el derecho comparado

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La Constitución del 2008 en el contexto andino.
Análisis desde la doctrina y el derecho comparado

Ramiro Ávila Santamaría,
Editor



Dr. Gustavo Jalkh Róbens
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, *Editor*
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: noviembre 2008

Contenido

Presentación	7
<i>Julio César Trujillo Vásquez</i>	
Introducción	15
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
1. Principios	
Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia	19
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Los principios de aplicación de los derechos	39
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
¿Existe la ciudadanía universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución ecuatoriana de 2008	73
<i>María Daniela Dávalos Muirragui</i>	
2. Derechos y desarrollo	
¿Qué es el <i>buen vivir</i> en la Constitución?	111
<i>Carolina Silva Portero</i>	
Los nuevos horizontes de la participación	155
<i>Juan Pablo Morales Viteri</i>	
Hacia un nuevo modelo de desarrollo	201
<i>Nicole Pérez Ruales</i>	

3. Justicia

La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008	227
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?	285
<i>Claudia Escobar García</i>	

Presentación

No cabe duda que no solo estamos en una época de cambios, sino además en un cambio de época. De la validez de esta afirmación para el Ecuador, dan testimonio este libro, lo mismo que la calidad y la actualidad del trabajo de cada uno de sus autores.

En todos los trabajos contagia el entusiasmo de los jóvenes juristas por las nuevas instituciones, principios y reglas que constan en la Constitución de Montecristi y es prometedor su compromiso de estudiarlas y con su estudio aproximarlas a todos los ecuatorianos, tanto a quienes votaron a su favor en el referéndum, como de quienes estuvieron en contra. A estos últimos les será útil su lectura, no necesariamente para que cambien de parecer, pero si para que amplíen sus horizontes, se pongan en contacto con otras instituciones o reconozcan que aun las instituciones clásicas pueden ser vistas y entendidas desde perspectivas distintas a las que predominaron hasta ahora.

El entusiasmo por las instituciones, conceptos, categorías, principios y reglas de la nueva Constitución no les ciega ni merma su juicio crítico, lo cual les permite, con la transparencia propia de quién no busca el favor de nadie, apoyar con razones las partes en las que coinciden y justificar igualmente con razones sus temores por las ambigüedades que anotan o sus desacuerdos con lo que estiman desaciertos que debieron evitarse.

Haber abandonado el ditirambo de partidarios, lo mismo que la agresión injuriosa a los adversarios, constituye un mérito más de los trabajos que se publican en este libro, pues pone en evidencia que la racionalidad en el debate si es posible en el Ecuador. Ojalá su ejemplo sea seguido por otros y se generalice en el país, tan necesitado de modernidad y a la cual no se accede por otro camino.

Es común a todos los trabajos la sólida argumentación, la fundamentación pertinente de sus afirmaciones, unas veces apoyados en las ciencias políticas y otras en los principios y reglas constantes en la Constitución

Política del Estado –CPE– enriquecidos con lo previsto, sobre cada asunto, en las Constituciones de Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Venezuela.

Merece igual aplauso el que, cuando de dogmática jurídica se trata, todos recurren a la comparación, de la nueva Constitución ecuatoriana con las constituciones de los otros países con los que se inició la malograda Comunidad Andina, porque con esto reverdece la esperanza de que el ideal de la integración que sembrara en nuestros pueblos el genio, sin par en Latinoamérica, de Simón Bolívar sigue presente en las nuevas generaciones y que, si nosotros no pudimos hacerlo realidad, los que nos siguen comparan nuestro sueño y nos garantizan que, en el futuro, será realidad.

Al comparar lo que hacemos nosotros con lo que hacen nuestros vecinos en orden a organizar el Estado y el poder se nos presenta una nueva dimensión del estudio del Derecho, la del Derecho constitucional comparado, aunque para hacerlo más fructífero y aprovechar los recientes avances al respecto, habrá que depurar todavía más el método.

Estado constitucional de derechos y justicia

En suma tenemos ante nosotros trabajos de calidad y de mérito que comienzan con los dos ensayos de Ramiro Ávila que, con la vehemencia de quien está inconforme con la rutina que nos retiene en el pasado, a unos y a otros, nos inicia en el análisis y la comprensión de lo que hemos de entender por Estado constitucional de derechos y justicia, no precisamente como realidades existentes ahora, en el hoy del Ecuador, sino como proyecto que debemos construir con nuestro esfuerzo cotidiano.

Quién no va a coincidir con él, en que la nueva Constitución no es tan nueva por las normas que enuncian la tabla de derechos que salvaguardan la dignidad de la mujer y del hombre en las diversas circunstancias en las que se desenvuelve la vida, ya que por no constar esta tabla en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, algunos Estados de la Unión se negaban a aprobarla y lo hicieron una vez que se les prometió que esa tabla sería incorporada en las primeras enmiendas, como efectivamente constan en las diez primeras enmiendas, y ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución de 1789, enseñó al mundo, hasta ahora, que una sociedad que no garantiza esos derechos no tiene constitución.

Lo realmente nuevo y transformador está, según Ramiro Ávila y yo comparto plenamente, en que según la nueva Constitución, el Estado se constituye para que los derechos que en ella se enuncian sean realmente gozados, efectivamente ejercidos por los habitantes de su territorio y que estos, como individuos o como colectividades, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales, que cumplan este deber primordial.

Se puede discrepar de sus reflexiones sobre la justicia, pero, sin duda, es aleccionador que sin perder el respeto al gran maestro austríaco, Kelsen, nos informe que hay otras teorías que dan mejor respuesta a la angustia de la mujer y del hombre contemporáneos por encontrar fundamento al juicio condenatorio de regímenes que, al amparo del Derecho positivo, someten a ingentes masas de seres a condiciones de existencia incompatibles con su dignidad humana.

Menos novedosa la explicación del Estado constitucional, necesaria, sin embargo, en nuestro país, en donde por no reiterar las cosas sabidas se termina por olvidarlas y una vez olvidadas dejan de cumplirlas los gobernantes y los gobernados.

Los Principios

De la mano de *Alexy*, el mismo Ramiro Ávila en su ensayo sobre los Principios de Aplicación de los Derechos, pone en la mesa del debate nacional un tema, casi olvidado, desconocido o ignorado, por los abogados ecuatorianos, sobre el concepto, el valor y el rol de los principios. Son normas, son mandatos nos dice con el maestro alemán y con razón, aunque su aplicación requiere de interpretación a la luz de las realidades sociales, económicas, culturales, políticas y luego analiza los que están enunciados en la Constitución de Montecristi.

Sale al paso de la crítica que censura el orden (desorden dicen sus críticos) en que son enunciados los derechos y les contesta que siendo todos igualmente fundamentales, de igual valor y complementarios e inalienables, el orden en que se los coloca no tiene más función que la meramente heurística; que el colocar a uno antes que a otro no significa que el primero valga más que el que viene después. Con relación a este y otros temas sobre los principios y reglas, sobre los derechos y las garantías, cuestión también

no suficientemente esclarecida en nuestro medio, la lectura del trabajo de Ramiro Ávila va ser de gran utilidad en el país, aun para renovar y actualizar el pensamiento de nuestros abogados, jueces y magistrados.

¿Existe la ciudadanía universal?

¿Existe la ciudadanía universal? pregunta María Daniela Dávalos Muirragui y en páginas que revelan conocimientos y pensamientos propios trata de dar respuesta a la pregunta e intenta lúcidamente esclarecer el concepto de ciudadanía con el aporte de los antiguos y modernos. Es sumamente plausible la firmeza con la que toma posición y defiende, con buenos argumentos, su opinión en temas que, por ser expresión de los conflictos que vive la humanidad, abundan las opiniones discrepantes. Con justificada confianza en si misma, examina el régimen de las personas ecuatorianas y extranjeras, y a la vez que rastrea en el derecho Internacional de los Derechos Humanos, como es lo propio actualmente, los elementos que puedan ayudarle a resolver el dilema entre la igualdad de las unas y de las otras y la diferencia legítima entre ellas.

Deja la tarea bien planteada a la Corte Constitucional y a la Corte Contencioso Electoral como es la de resolver la insólita, llama ella a la posibilidad de “¿que a una persona (extranjera) se le otorgue el derecho a participar como candidata en una elección, pero al mismo tiempo, no pueda sufragar?” Concluye dejando una nota, entre otras, de los avances que, en este campo, representa la Constitución 2008, pero también previene las responsabilidades del Ecuador: así para lograr que los derechos de los ecuatorianos sean reconocidos en el extranjero y las reformas que, al interior del país, deben hacerse para que suceda lo mismo con los extranjeros, dentro de nuestras fronteras.

¿Qué es el buen vivir en la Constitución?

Carolina Silva Portero nos precede en la marcha tendente a atribuir significado (que esto es interpretación jurídica) a las disposiciones constitucionales que confieren al Estado ecuatoriano el objetivo de crear las condiciones, de toda especie, para que sea posible, para todos los habitantes del Ecuador el *sumak kawsay* o el buen vivir y lo hace con la deslumbrante presentación de un conjunto de conceptos, categorías y valores que, por no ser los de la

cultura con la que nos formaron, esto es la greco-romano, judaico cristiana, nos conmocionan y perturban.

La explicación del ser humano y de la comunidad a partir de la *pachamama*, del runa y de la armonía, nos alejan de categorías familiares, como son el universo, objeto de explotación y dominación; el individuo, como el ser abstracto de la filosofía de la ilustración, y de la justicia, como el dar a cada uno lo suyo entre seres aislados que para comprenderse a si mismos y comprender a los demás, se ha fragmentado y los ha fragmentado en esencia y forma, en espíritu y materia, en cuerpo y alma. La comunión del runa, que no es mera relación externa, sino interrelación con los otros *runas* y demás seres del universo, vibrantes de vida, es con todo su ser y así es, a la vez: sentir bien, pensar bien y hacer bien, tanto ética como estéticamente, esto es vivir plenamente, vivir en armonía consigo mismo, con y entre los demás semejantes, convivir también en armonía con todos los seres, lograr el *sumak kawsay*.

El Estado es el llamado a crear las condiciones para que el *sumak kawsay* sea posible, uno de cuyos componentes es el ejercicio y goce de los derechos económicos, sociales y culturales que, por eso vendrían a ser derechos del buen vivir, lo cual no ha de significar mengua o negación de los otros derechos tan fundamentales como estos, ni de las demás condiciones materiales, morales y espirituales, científicas y tecnológicas, desde y con todos los saberes, que permitan la vida en armonía con todo y con todos.

El análisis crítico de los derechos es, en el trabajo de Carolina Silva, esclarecedor y la comparación de estos derechos con los que preveía la Constitución de 1998 nos da, creo yo, una buena pista o clave para la interpretación constitucional, porque el lenguaje prescriptivo, propio de los abogados, dominante en la Constitución de 1998 aparece insuficiente para impulsar los cambios que el pueblo ecuatoriano demanda, y por eso se lo ha combinado, en la Constitución del año 2008, con el lenguaje descriptivo, más a fin con las ciencias sociales que expresa lo que anhelamos.

Los nuevos horizontes de la Participación

Desde la dogmática jurídica, Juan Pablo Morales Viteri nos proporciona un análisis de lo que la Constitución 2008 prescribe sobre la participación como intervención del ciudadano, en forma individual o colectiva, en las

decisiones de todo género que sean de interés general para la consecución efectiva del desarrollo integral del ser humano y de la comunidad. Con ilustración y claridad, no muy común en nuestro medio, examina las modalidades tradicionales de la democracia representativa, el sufragio, los partidos y movimientos políticos, los más recientes de la democracia directa tales son la iniciativa legislativa popular, la varias formas de consulta popular, la revocatoria del mandato.

A las innovaciones que, sobre estas materias, constan en la “Constitución 2008”, respecto a lo que disponía la Constitución de 1998, añade un sugestivo análisis acerca de las prometedoras, aunque no exentas de dificultades, formas de la democracia participativa a través de las organizaciones de la sociedad civil. Sus agudas observaciones, sobre todo en torno al “derecho a la resistencia”, constituyen aportes de los que no se debería prescindir cuando de preparar la ley orgánica del control constitucional se trate.

Hacia un Nuevo Modelo de Desarrollo

El libro se cierra con el análisis de lo que en Alemania denominaron la Constitución Económica, a la que, lastimosamente, los ecuatorianos, entendidos y legos, nunca otorgaron importancia y, por lo mismo, dejaron fuera de los programas de Derecho Constitucional. Mérito no menor, de este capítulo, acorde con el sistema adoptado por la Constitución, es el concentrar en él todos los temas pertinentes, bajo el epígrafe de El Régimen de Desarrollo.

Trata este capítulo temas no solo importantes en si sino además actuales, como son el de la intervención del Estado en la economía, la soberanía económica y alimentaria, la planificación participativa como herramienta democrática de la dirección económica, las políticas fiscal y monetaria, el crédito público, sistema financiero, formas de trabajo y retribución y el manejo de los sectores estratégicos.

No desconoce los cuestionamientos que se han opuesto o que se opondrán a las instituciones, principios, reglas y políticas que constitucionaliza el constituyente ecuatoriano, pero los afronta con argumentos bien sustentados y además sin necesidad de descender a la descalificación ética o ideológica de quienes discrepan de su parecer, como es habitual entre quienes fungen de intelectuales. Ejemplos así de seriedad intelectual necesitamos generalizar en el país.

Nos invita, y debemos agradecer a Nicole Pérez Ruales la invitación, a interpretar los principios y reglas de la Constitución y de la Constitución económica, en consecuencia, como un todo unitario y armónico, tendente a un mismo fin: crear las condiciones para el buen vivir o *sumak kawsay*, que es mucho más que una vida digna, aunque también es vida digna de todas y todos, pero es igualmente armonía con la pachamama, armonía en la convivencia social.

La administración de justicia

Luís Fernando Ávila Linzán aborda con vigor el que se ha vuelto tormentoso problema de la administración de justicia y lo hace con solvencia. Al concepto que nos da Ramiro Ávila sobre el Ecuador como Estado constitucional de derechos, agrega una nueva dimensión al vincularlo con el pluralismo jurídico que, con motivo de la administración de justicia, queda ratificado en la nueva Constitución. Luís Ávila se manifiesta decididamente partidario de la elección de los jueces por méritos, aunque no deja de prevenirnos de sus peligros, ni de sugerir los recaudos con los cuales podremos evitarlos, a la vez que examina otras formas de la designación de ellos y sus riesgos. Dedicamos algún espacio a la justicia indígena y a los jueces de paz.

Nos convoca a repensar acerca de si la potestad de administrar justicia es un poder o una función del Estado y sobre si su origen radica en el pueblo o en la nación; temas que tanto dividieron la opinión de los países en donde comenzaron estas instituciones y a los cuales hay que volver para mejor entender lo que ellas, en su época, significaron y las consecuencias en la organización y funciones políticas que entonces tuvieron y de las que en los tiempos actuales deben tener, a tono con los cambios estructurales e institucionales que han ocurrido.

Trata de la autonomía del poder o función judicial (¿?) y con muy buen juicio enfatiza en la importancia que (a veces desapercibida) representa su financiamiento para asegurar esta autonomía y hecha de menos que no se haya acogido la idea de fijar, en la Constitución, el porcentaje del Presupuesto General del Estado o del Producto Interno Bruto que se ha de destinar para este objeto, pues no debemos olvidar que estas cuestiones, para la hipocresía dominante de poca monta, son determinantes en nuestra vida diaria. Mucha

importancia, y con razón, concede a la gratuidad de la justicia y a sus múltiples exigencias, y la vincula con la defensoría pública, cuya existencia la considera, con sobrado acierto, condición para el goce real del derecho a la defensa. Este capítulo termina con lo que su autor llama “Principios de la Administración de Justicia y principios de la Función Judicial”.

Del Tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva Justicia Constitucional?

Nuevamente desde la dogmática jurídica, Claudia Escobar pasa revista de la organización y funciones de la Corte Constitucional. Al tratar de la organización se ocupa de las relaciones, siempre debatidas, de esta Corte con la Función Judicial ordinaria y luego de pasar revista de los pro y los contra de instituirle como un órgano independiente de ésta, o como una de sus dependencias, se pronuncia, con juicio propio, que siempre he de aplaudir, por la primera opción, ya que estima que ella da “amplio margen de flexibilidad” aunque recomienda que se la utilice de manera responsable. Con toda independencia anota las debilidades del sistema de elección de las magistradas y magistrados y recomienda los mínimos que deberá tener en cuenta la ley para lograr los propósitos para los cuales se ha concebido el sistema. No pierde interés el estudio del período, reelección y sobre todo de la prohibición de juicio político a sus miembros, lo mismo que el trabajo en salas y del pleno.

En oposición a lo que es habitual, en nuestros estudios de Derecho, este trabajo inicia el examen de las facultades o atribuciones de la Corte Constitucional por la revisión de sus fuentes y a continuación, pese a la complejidad y vastedad del asunto o precisamente por esto, con buen criterio, se contrae al examen de los elementos que sirven para caracterizar a casi todas esas facultades o atribuciones que la Constitución le otorga a la Corte, y aunque no faltan puntos en los que la controversia es inevitable y no es sano ni correcto evitarla, sus tesis están seriamente sustentadas.

Julio César Trujillo Vásquez

Introducción

El presente libro tiene dos objetivos. El primero es contribuir decididamente a la construcción de una doctrina constitucional que esté a la altura de los retos jurídicos contemporáneos del Ecuador. La Constitución del 2008 no puede ser entendida con categorías del derecho constitucional clásico y peor aún con categorías del derecho privado. El debate constitucional, por otro lado, en los medios de comunicación, ha sido bastante superficial y sesgado a temas puntuales. Queremos aportar a la comprensión de las nuevas instituciones que encontramos en la Constitución.

El segundo objetivo es hacer un balance comparado con la Constitución de 1998 y con las constituciones del área andina, en particular de Bolivia¹, Colombia, Perú y Venezuela. En algunos casos puntuales, por considerarlo necesario, hacemos referencia a otras constituciones, como la chilena, uruguaya, española, alemana. Del análisis comparado podremos apreciar que, en muchos aspectos, la Constitución del 2008 trae innovaciones, en otros se inspira en distintas constituciones, y también, en algunos casos, retrocede o se estanca en cuanto al desarrollo constitucional.

El estudio que presentamos se caracteriza por el rigor académico y técnico de sus análisis. Sin embargo, debemos reconocer ciertas limitaciones, dado que las constituciones deben ser leídas como parte del sistema jurídico, en general, que comprende leyes, jurisprudencia y otras fuentes del derecho, y como parte de un entramado constitucional, en particular, a través del cual se debe entender una norma en el contexto de la Constitución. En este sentido, muchas instituciones han sido analizadas fuera del sistema jurí-

1 Cuando hacemos referencia a la Constitución de Bolivia en el texto, nos referimos al Proyecto de Constitución aprobado en noviembre del 2007 en ese país y que fuera aprobado por la Asamblea Constituyente.

dico y de su contexto constitucional. Cuando afirmamos, por ejemplo, que la Constitución de Colombia no permite el control constitucional de providencias judiciales, se podría establecer que es cierto desde una perspectiva netamente formal, pero que es alejado de la verdad si se lo mira desde el sistema jurídico; en efecto, la Corte Constitucional ha interpretado la constitución de tal forma que cabe el control de sentencias bajo la teoría de la “vía de hecho”.

En este número de la serie se abordan instituciones que tienen particular relevancia para los derechos humanos y para la justicia: la comprensión y definición del estado constitucional de derechos y justicia, el contenido de los principios para la aplicación de los derechos, la ciudadanía universal, el buen vivir, la participación, la Corte Constitucional, la constitucionalización de la justicia ordinaria, el régimen de desarrollo. Conviene advertir que en este libro no se agotan los temas constitucionales y que se complementan, en cuanto comentarios y opiniones informadas del texto constitucional, con el número dos de la serie.

Esperamos, honestamente, que este libro sea de utilidad para la mejor comprensión y aplicación de la Constitución del 2008. Nos anima y nos inspiran los derechos que están plasmados en la Constitución y la firme esperanza de que, a pesar de las limitaciones estructurales y culturales de nuestro país, puedan ser ejercidos, eficazmente reivindicados y, si son irrespetados, adecuadamente reparados.

Ramiro Ávila Santamaría

Principios

Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. Introducción. II. El Estado constitucional. III. El Estado de justicia. IV. El Estado de derechos: 4.1. La pluralidad jurídica. 4.2. La centralidad de los derechos en la Constitución. V. Conclusiones

I. Introducción

Normalmente, las primeras palabras del primer artículo de las constituciones suelen determinar las cualidades que caracterizan al Estado. Así, por ejemplo, la Constitución de 1998 estableció que “el Ecuador es un Estado social de derecho”, la Constitución de Bolivia determina que es “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, la de Venezuela que “se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” (Art. 2), “Colombia es un Estado social de derecho”; en el caso peruano, la Constitución define al Estado algunos artículos más adelante: “[L]a República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (Art. 43).

La Constitución del 2008 proclama que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”. El calificativo de Estado consti-

tucional no lo tiene país alguno de la región, el de derechos tampoco, y el de justicia lo apreciamos en la Constitución de Venezuela.

Vamos a analizar en este ensayo estos tres elementos, a la luz de la doctrina y también de la comparación, en lo que sea posible, con las constituciones del área andina. En primer lugar, abordaremos el tema del Estado constitucional; en segundo lugar, el Estado de justicia; y, finalmente, el Estado de derechos. En este último, explicaremos la racionalidad del elemento desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y los derechos.

II. El Estado constitucional

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado¹: (a) el estado absoluto, (b) el estado de derecho o estado legal de derecho, (c) el estado constitucional de derecho.

(a) El estado absoluto: la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el Estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.

(b) El estado de derecho: la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el

1 La palabra estado se refiere a toda organización política, compleja, que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población). Además, por considerar que la palabra estado en el contexto se entien- de con claridad que hace referencia a la organización política, se la escribe con minúscula; no es un nombre propio ni tampoco hace referencia a una institución a la que hay que venerar.

parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia)². El modelo que triunfa es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado³. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas⁴; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos- sigue siendo vasalla o súbdita⁵. Los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

- 2 Ver sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruita prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*, tercera edición, Madrid, Trotta, 2001.
- 3 Sólo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como Emperador en el año 1804 e inaugurará un régimen monárquico mucho más despótico que los del *Anciane Régime*. En 1848 -la revuelta de las comunas- se producirá un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa.
- 4 Por la ciudadanía sólo las personas propietarias, que tienen autonomía en el trabajo, hombres, adultas tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos son los burgueses.
- 5 J. Bodin, teórico liberal de iluminismo, se preguntaba “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?”, frase que refleja la exclusión de las mayorías y del reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera, “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación política. Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social en el proyecto constitucional-ecuatoriano”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

(c) El Estado constitucional: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias⁶, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios⁷.

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en

6 Véase Juan Pablo Morales, "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", en edición de Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.

7 En relación a la rigidez, la Constitución del 2008 tiene un déficit, el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado "un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", como lo destaca Rubén Martínez Dalmau, en "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

En el siguiente cuadro se resumen algunos de los aspectos que distinguen los diversos paradigmas.

	ABSOLUTO	LEGISLATIVO	CONSTITUCIONAL
Centralidad	Autoridad	Ley	Persona (derechos)
Fuentes	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
Límites y vínculos	No existen	Ley	Constitución material
Poder referee	Ejecutivo	Parlamento	Judicial constitucional

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional.

II. El Estado de justicia

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La teoría de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término justicia. A nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

H. Kelsen, en un magnífico ensayo intitulado *¿Qué es la justicia?*⁸, hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justi-

8 Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2006.

cia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del ku kux klan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el *iusnaturalismo*⁹ para declarar una guerra justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, siendo importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino¹⁰, quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: (1) los principios, (2) los enunciados lingüísticos (reglas) y (3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes. (1) Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, “las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna”¹¹; ésta es una norma tética porque le impone

9 El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanan de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sustenta que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el *iusnaturalismo* dependiendo de dónde emanan las normas (dios, razón, naturaleza humana y otros).

10 Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2da. Edición, Argentina, Editorial Astrea, 2005, pp 1-7.

11 Constitución del 2008, artículo. 30.

al Estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el Estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse. (2) El enunciado lingüístico es lo se conoce como regla, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el Estado le proveerá de un albergue; si el Estado construye una casa, ésta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada. (3) Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera¹², se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el Sr. Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgriman otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplica-

12 Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Volumen II, Washington, 2001, pp. 871-883.

ba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El Sr. Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir la vigencia de la validez de las normas jurídicas¹³. La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién y cómo*; la validez al responder *qué*. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla sólo deberá ser observada si es consistente con el principio.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos ligeramente esbozado con anterioridad, la palabra validez no sólo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida sólo si es justa; otro es el legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”¹⁴. La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y

13 Véase Luigi Ferrajoli, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876.

14 José Luis Serrano, *op. cit.*, p. 57.

cerradas, todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

En otras palabras, una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).

Pongamos otro ejemplo relacionado con el derecho a la vivienda y la propiedad. Los principios dicen (a) que todas las personas tienen derecho a la propiedad y (b) que todas las personas tienen derecho a la vivienda. La regla dice que si *X* arrienda a *Y* un predio con fines habitacionales, pero *Y* destina la habitación para otros fines de carácter comercial, entonces *Y* deberá dejar el espacio físico. Imaginemos una situación hipotética. *Y* tiene un hijo con una enfermedad catastrófica, y por cuidarlo ha sido despedido del trabajo; el poco dinero que tiene lo destina para atender a la persona enferma, no puede pagar el arriendo sino es estableciendo un negocio de comida rápida. *X* acude ante un juez, invoca la regla; el juez verifica que la regla es conforme al principio constitucional (a) y ordena que *Y* deje el espacio físico. La resolución del juez, conforme al derecho, genera sin duda un resultado injusto. Si bien se rompe un contrato que afecta a la propiedad de *X*; también sucede que *Y* entra en un estado de necesidad que podría no sólo afectar su vivienda sino la sobrevivencia de *Y* y su hijo. En este caso, se puede apreciar que la consideración de la justicia es importante. El juez debe conciliar el principio de propiedad y el de la vivienda y crear una nueva regla que satisfaga la justicia. Podría, por ejemplo, limitar temporalmente la propiedad de *X*, cambiar el contrato, subsidiar el Estado a *X*, conseguir otra vivienda para *Y*, conseguir un servicio de cuidado para el hijo de *Y*, brindar una oportunidad laboral para *Y*... en fin, podría establecer una o varias de las obligaciones enunciadas. Ahora supongamos el otro extremo, que *Y* es una persona soltera, sin cargas familiares, trabaja y que gasta su dinero en bienes suntuarios, y que *X* es una persona anciana que tiene como

única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si *Y* no paga, *X* entra en un estado de necesidad. En este caso, *X* al acudir al juez esgrimiendo la regla, que esta conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

Este ejemplo, que hemos graficado en términos individuales, también podría recrearse en términos colectivos, cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.

Ahora analicemos el último elemento de nuestra declaración de Estado, que no lo pretendemos agotar en este ensayo, y que simplemente es una visión referencial sobre la importancia de los derechos en la Constitución.

III. El Estado de derechos

Una lectura ligera y rápida sobre el “Estado de derechos” nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una ‘s’”. No existe en el derecho constitucional comparado Estado alguno que cualifique al Estado como de *derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser de derecho. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado estado social de derecho o estado constitucional de derecho, ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea estado de *derechos*. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho

(Estado absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado absoluto, el Derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al Derecho bajo dos modalidades. En la una, el Derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Si analizamos desde el referente de poder, en el Estado absoluto, quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el Estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al Estado. En el Estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

	ESTADO SOBRE DERECHO	ESTADO DE DERECHO LEGAL	ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	ESTADO DE DERECHOS
Estado	Somete a derecho	Ley somete a Estado	Constitución somete a Estado	Derechos someten a Estado
Poder referente	Autoridad	Parlamento	Constituyente	Personas y pueblos

El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado.

3.1. La pluralidad jurídica

El único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el Estado legislativo o Estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados¹⁵. El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley¹⁶. En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución. En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

(1) El juez, en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”. Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que L. Ferrajoli¹⁷ denominaría *norma hipotética*. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. La formulación sería algo así: si p entonces q ($p \rightarrow q$). Todas las normas del derecho civil

15 Código Civil, Título Preliminar, artículo 2.

16 Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo. 130.5; Código Civil, artículo. 3.

17 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001, p. 19-35.

y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si *x* muere entonces *y*, que es legítimo sucesor, hereda; si *a* mata a *b*, entonces *a* cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede sólo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el Estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derechos, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. G. Zagrebeltzki ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas¹⁸. Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito antes, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo *z*, y el juez, inspirado en *z* debe, en el caso, crear una norma del tipo *x entonces y*. Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética.

18 La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica lo encontramos en Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en los casos concretos es el de constitucionalidad o también conocido en la doctrina como “estricta legalidad”.

(2) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no sólo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua; por un lado, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales y la comunidad que tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habitan. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas¹⁹. El Estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada por un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención N. 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

19 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

Lo dicho sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el sistema andino de integración, el sistema internacional de Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales en las que el Estado se ha comprometido a cumplir.

(3) La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido. En el Estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad. En suma, “el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”²⁰.

(4) El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémonos, en comunidades indí-

20 Ricardo Lobo Torres, “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone.

genas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad; sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil; las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente reconociendo la pluralidad jurídica²¹. El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario.

(5) Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar, brevemente, un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral²². Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos, que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas; y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida sólo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis. Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa²³, sostie-

21 Constitución del 2008, artículos. 1, 59.9 y 171.

22 Hans Kelsen, “El derecho y la moral”, en *Teoría Pura del Derecho*, 4ta edición, Argentina, Eudeba, 2003, pp. 45-50.

23 Ver Alfonso, García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003, pp 159-186.

nen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, sólo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que “un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que la contenga”²⁴.

Por citar un ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El derecho establece el derecho a la vida pero no agota todas las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuando termina ni el cuando comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autoderminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad de decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aún cuando mucho de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas.

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos

²⁴ José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999, p.118.

son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría hablar con propiedad que el Estado es de derechos.

3.2. La centralidad de los derechos en la Constitución

Otra explicación al predicado “Estado de derechos” es que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales²⁵.

N. Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia²⁶. Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al Estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la metáfora, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar a donde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero. Así en las relaciones del Estado. En la era de las obligaciones la autoridad estatal decide el destino de las personas, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten

25 Constitución del 2008, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94)

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

de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.

En este sentido, decir que el Estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas²⁷.

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas.

IV. Conclusiones

(1) La Constitución del 2008 constituye un avance importante en la teoría constitucional y política de los estados. La introducción de palabras reflejan, al momento, la culminación de desarrollos teóricos que, sin duda, serán superados en la búsqueda de una organización política que no genere exclusiones ni inequidades.

(2) El Estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el Estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales. Sin embargo, el énfasis en los derechos resalta la importancia superior a la parte orgánica y, por otro lado, se podría afirmar que puede existir un estado constitucional pero sin reconocer la pluralidad jurídica.

27 Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

(3) La justicia, hemos reconocido, es un elemento teórico que no deja de tener complicaciones. Creemos que el análisis de la justicia puede tener varias perspectivas. La justicia, desde la perspectiva interna del derecho, tiene que verse en el contexto y de forma sistémica. No cabe, pues, concepciones arbitrarias de la justicia. Pero cabe resaltar, y como una deuda, que el análisis realizado en este ensayo es más desde la teoría del derecho que desde la sociología. El gran ausente en este ensayo, y quizá el más grande pensador de la justicia, que superó la concepción utilitarista, es J. Rawls que revolucionó, con su *Teoría de la Justicia*, la forma de entender la organización social. Referirse a su obra para entender cabalmente lo que significa un Estado constitucional de derechos y justicia es un imperativo.

Los principios de aplicación de los derechos

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. ¿Qué son los principios? II. Los principios de aplicación de los derechos. 2.1. La titularidad de los derechos. 2.2. La legitimación activa para la exigibilidad. 2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación. 2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables. 2.5. Todo derecho es justiciable. 2.6. Prohibición de restricción normativa. 2.7. Aplicación más favorable. 2.8. Las características esenciales de los derechos. 2.9. Las fuentes de los derechos. 2.10. La progresividad. 2.11. La prohibición de regresividad. 2.12. La responsabilidad del estado. III. Conclusiones.

I. ¿Qué son los principios?

La Constitución de 1998, sin duda, realizó un avance considerable en relación a la parte dogmática al incluir principios de carácter general que serán útiles para interpretar los derechos y aplicarlos. En este acápite intentaremos conceptualizar a los principios y daremos pistas sobre su comprensión y utilidad.

R. Alexy¹ sostiene que los principios son mandatos de optimización. Al

1 Robert Alexy, "El derecho general de libertad", en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de “optimización” quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un “haz de posibilidades” para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

Ilustremos lo afirmado con un ejemplo cotidiano. En el derecho de los niños y niñas se establece que “se atenderá al principio de su interés superior”². El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. Una niña de siete años, a las once de la noche, mira televisión; el padre sostiene que debe ir a la cama porque tiene escuela al día siguiente y la niña sostiene que se está divirtiendo. En clave de derechos, el padre esgrime el derecho al descanso y a la educación; la niña el derecho a la recreación. El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos. Pondera. Si la niña sigue viendo televisión, al día siguiente se despertará cansada y no podrá asimilar las experiencias pedagógicas que reciba en la escuela; si la niña descansa, en cambio, podrá recuperar la energía para aprender y jugar al día siguiente. En este caso, por el principio de interés superior, la niña deberá descansar. Otra hipótesis. La niña ha tenido una jornada imparable de obligaciones. Ha ido a la escuela, ha recibido

2 Constitución del 2008, artículo 44.

clases de piano, ha realizado sus tareas escolares, ha limpiado su cuarto y exige ver televisión para descansar. Son las seis de la tarde y el padre le quiere obligar a dormir. En este caso, en cambio, por el principio del interés superior, quizá convenga que la niña mire televisión antes de dormir. Las mismas personas, los mismos derechos y la solución es distinta porque los elementos a considerar cambian.

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias). El principio enuncia que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales”³; y encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez aplica el tipo penal o la norma constitucional que es un principio. “Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes”⁴.

El principio enuncia que las personas con discapacidad tienen derecho a que se eliminen “las barreras arquitectónicas”⁵. En la ciudad, las veredas y el acceso a los edificios públicos no tienen acceso para las personas que se movilizan en silla de ruedas. No existen normas jurídicas, en leyes ni ordenanzas, que viabilicen el principio constitucional. En este caso, existe una anomia, que puede ser colmada por el Consejo Municipal o por el fallo de un juez o jueza al conceder la protección de derechos.

3 Constitución del 2008, artículo 76.6.

4 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 876.

5 Constitución del 2008, artículo 47.10.

Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomias. En el primer caso descrito, el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la pena aplicable⁶ y, en el segundo, crear una norma basada en el principio de atención prioritaria⁷.

Los principios se refieren a los derechos y a la organización del estado, los encontramos tanto en la Constitución como en el resto del sistema jurídico, ya normas internacionales ya normas infra constitucionales. En este ensayo trataremos sobre los principios de carácter constitucional, referidos a los derechos y los que están en el capítulo I del título II, denominado “Principios de aplicación de los derechos”.

II. Los principios de aplicación de los derechos

Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

La Constitución de 1998 estableció que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que los derechos se garantizan a todos y sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley para su ejercicio (Art. 18), que los derechos reconocidos y garantizados son los mencionados en la Constitución, instrumentos internacionales

6 Fácil enunciar, pero en la práctica la construcción penal de una regla requiere un trabajo de elaboración compleja. Véase una referencia en Ramiro Ávila Santamaría, “¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?”, en *Revista Foro* N. 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

7 Sobre este problema jurídico, que enunciar resulta relativamente sencillo, véase Ramiro Ávila Santamaría, “¿Puede el juez penal inobservar el Código Penal?”, en *Revista Foro* N. 8, UASB-Corporación Editora Nacional.

de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art. 19) y que el estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (Art. 20 al 22). La Constitución del 2008 recoge todos los principios del año 1998 e incluye algunos más.

En la región andina, la Constitución de Bolivia⁸ tiene un capítulo primero, dentro del título II, “Derechos, Deberes y Garantías, denominado “Disposiciones generales”, que aborda el tema de los principios de los derechos; por su lado, la Constitución de Colombia junta los principios de los derechos y del estado en el título I, denominado “Principios fundamentales”; la Constitución de Perú no regula los principios generales; la Constitución de Venezuela tiene, al igual que Bolivia y Ecuador, un capítulo específico denominado “Disposiciones generales”, dentro del título III, sobre los derechos, garantías y deberes.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Capítulo sobre principios de los derechos	X		X	X		X
Capítulo sobre principios de los derechos y del estado		X				
No regula principios de los derechos					X	

8 Para efecto del análisis constitucional comparado, al referirnos a la Constitución de Bolivia, analizamos el texto aprobado por la Asamblea Constituyente en el año 2007 y que se someterá a referendo en los próximos meses.

2.1. La titularidad de los derechos

“[L]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos...”⁹. En este enunciado se rompe con la tradición liberal de considerar que existían derechos individuales y, excepcionalmente, colectivos. En la Constitución de 1998 los derechos se clasificaban en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, por una parte, y derechos colectivos por otra. En buena lectura se entendería que los primeros son de carácter individual y los segundos de carácter colectivo. Esta visión es, sin duda, restrictiva. Resultaba que solo los titulares de los derechos podían exigir los primeros y cualquier persona de la colectividad los segundos. En los primeros tenía que haber un titular de un derecho y en los segundos cualquier titular. La teoría liberal del derecho subjetivo se imponía. Los derechos subjetivos son derechos de carácter personalísimo en las relaciones horizontales; solo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia. El concepto de derecho subjetivo evoluciona al derecho subjetivo público, que tiene la misma lógica salvo que la parte denunciada puede ser el estado. Otra persona puede demandar en nombre de otra con autorización expresa del titular.

En cambio, en la Constitución del 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominará doctrinariamente como derecho fundamental (no subjetivo). La forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias. La enumeración del artículo comienza con las personas que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con el término pueblo ni nacionalidad. Las comunidades podrían tener vínculos de vecindad o geográficos, como la comunidad de Oyacachi, o vínculos de otra especie, como la comunidad GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travestí y transexual). Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, entre otras, como la nación Quichua o Shuar; los pueblos son subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no

9 Constitución del 2008, artículo 10.

comparten los otros pueblos, como el pueblo Cayambi. Hay además los colectivos, integrados por personas que forman parte de manera temporal de una categoría social a los que, como partes de esta categoría, se les reconoce derechos específicos, como son los niños, niñas, adolescentes y otros a los que Peces Barba denomina “personas situadas”¹⁰. Finalmente, hay colectividades conformadas por individuos que tienen el interés común de que se les reconozca sus derechos por razones o fundamentos jurídicos comunes¹¹.

La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer constar esta característica de los miembros de la respectiva nacionalidad. Desde la perspectiva del juez o jueza, al conocer un caso por una demanda individual, también podría resolverlo con carácter colectivo; por ejemplo, en el caso de que una persona portadora de VIH-Sida, que requiera antirretrovirales, demande al estado por omisión en la provisión de la medicina, el juez al constatar la violación podría determinar que un colectivo se encuentra expuesto a la misma situación. El ámbito y las posibilidades del derecho, en consecuencia, se multiplican.

La Constitución de 1998 dividía con claridad los derechos colectivos, que eran explícitamente los derechos indígenas y los derechos al medio ambiente, y los demás derechos, que había que entender, como se ha dicho, que eran los individuales. Esta dicotomía, en la clasificación, impedía que un derecho no indígena o del medio ambiente, pueda ser exigido en dimensión colectiva; o, al contrario, que un derecho considerado colectivo pueda ser demandado en su dimensión individual.

Para apreciar las dimensiones individuales y colectivas pensemos en el caso hipotético de una política pública a través de la cual se distribuyen

10 Gregorio Peces Barba Martínez, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa* 15-16, España, 1994.

11 Esta parte del ensayo se basa, en gran parte, en Julio César Trujillo y Ramiro Ávila Santamaría, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en ILDIS, *Análisis nueva Constitución, Revista la Tendencia*, Quito, 2008, pp. 68-85.

vacunas para niños y niñas menores de cinco años. Las vacunas se distribuyen solo en zonas urbanas y en escuelas públicas. Evidentemente, existiría una situación discriminatoria hacia los niños y niñas de zonas rurales y que se encuentran en las escuelas privadas. En la Constitución de 1998 la lectura sería que se trata del derecho a la salud que podría solo ser exigido por los representantes de los niños y niñas que han sido discriminados, por tratarse de un derecho individual. La solución sería exclusivamente para el niño o niña que demanda. En cambio, en la Constitución del 2008, cualquier persona, indiferente de si es víctima o no, podría demandar una acción de protección de derechos y la solución beneficiaría colectivamente a todos los niños y niñas discriminadas.

La Constitución de Bolivia evita utilizar la clasificación de derechos colectivos; la de Colombia (capítulo III) y la de Venezuela tienen la clasificación dicotómica, distinguen entre los derechos de las personas, que parecería que son todos salvo los indígenas y ambientales; y la de Perú no hace alusión alguna a los derechos indígenas.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Derechos colectivos		X	X			X
Derechos individuales		X	X		X	X
No distingue titularidad	X			X		

Consideramos un avance conceptual la no distinción de la titularidad de derechos individual o colectiva, porque se amplían las posibilidades de exigibilidad, como sucede en Bolivia y en la Constitución del Ecuador del 2008.

2.2. La legitimación activa para la exigibilidad

Los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad. La Constitución del 2008 determina que “los derechos se podrán (...) promo-

ver y exigir de forma individual y colectiva...”¹². Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”¹³. La teoría del derecho subjetivo, que fue interpretada con la frase “por sus propios derechos”¹⁴, tiene que ser reformulada o replanteada. En efecto, la Constitución de 2008 permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”¹⁵ pueda proponer acciones constitucionales.

La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupos de personas. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando 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 ilegítimamente¹⁶; además, la misma Constitución de 1998 prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, pueda ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente¹⁷. A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸. Lo mismo que sucede con los atenta-

12 Constitución del 2008, artículo 11.1.

13 *Ibidem.*, artículo 86.1.

14 Constitución del Ecuador 1998, artículo 95.

15 Constitución del 2008, artículo 86.1.

16 Constitución del Ecuador 1998, artículo 93.

17 *Ibidem.*, artículo 91, último inciso.

18 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 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”.

dos a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente su violación sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

La legitimación activa, en el derecho comparado andino, puede ser “subjetiva” si solo las víctimas que sufren la violación de derechos pueden reclamar, “colectiva restringida” si se establecen excepciones para que cualquier persona pueda reclamar a nombre de otra, y “popular” (*actio popularis*) si cualquier persona puede intervenir a nombre de otra persona o de una colectividad.

La Constitución de Bolivia conserva una legitimación activa restrictiva para exigir derechos (Art. 129) salvo que se trate de derechos que amenacen intereses colectivos, que son violaciones o amenazas al patrimonio, espacio, seguridad y salubridad (Art. 136); la Constitución colombiana permite que una persona actúe a nombre de otra (Art. 86); la Constitución de Perú (Art. 202.2) y la de Venezuela enuncian que se puede acceder a los órganos de justicia “para hacer valer sus derechos” (Art. 25) y, en caso de derechos difusos y colectivos, reconoce la acción popular (Art. 26).

Legitimación activa	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Individual/subjetiva			X		X	X
Colectiva/restringida	X					
Popular		X		X		

Sin duda, a la vanguardia en este aspecto se encuentra la Constitución del 2008 de Ecuador y la Constitución colombiana de 1991.

2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación

El principio de igualdad, en la Constitución del 2008, tiene algunas interesantes variaciones. Se reconoce (1) la igualdad formal¹⁹, (2) la igualdad material y (3) la prohibición de discriminación.²⁰

(1) La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico –y no exclusivamente ante la ley–, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina *equal but separate*, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

(2) En la igualdad material, en cambio, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza²¹. La igualdad jurídica implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo²².

(3) La Constitución de 1998 apenas enuncia que todos los derechos son garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. La Constitución del 2008, en cambio, se inspira en la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer²³ que contiene una defini-

19 Constitución del 2008, artículo 11.2., reconocida en el artículo 23.3 en la Constitución de 1998.

20 *Ibidem.*, artículo 66.4.

21 Santos Boaventura de Sousa, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

22 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, p 907.

23 Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo. 1.

ción acabada sobre la discriminación²⁴, garantiza la igualdad, define lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas²⁵. En la definición, la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Entre las categorías prohibidas, también encontramos novedades. A las ya numerosas del año 98, se ha incluido el género, la cultura, ideología, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria; en total veinte características que no deben ser consideradas como criterios para distinguir en el trato a las personas. Estas categorías –se especifica– podrían ser personales o colectivas, temporales o permanentes.

Las categorías prohibidas, que siempre deben entenderse como ejemplificativas, reflejan preocupaciones de movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados. Desde esta perspectiva, la enumeración, por grande que parezca, no es un agregado arbitrario o retórico.

La Constitución de Bolivia establece un número parecido de categorías prohibidas para discriminar pero no define su concepto (Art. 14. II). La Constitución de Colombia establece la igualdad formal y material (igualdad real y efectiva), establece tres veces menos categorías prohibidas en el trato, no define la discriminación y también establece la posibilidad de acciones afirmativas (Art. 13)²⁶. La Constitución de Perú solo reconoce la igualdad formal y siete categorías prohibidas (Art. 2.2)²⁷, no define la discriminación

24 Véase Alda Facio, “La Carta Magna de las mujeres”, en *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*, Quito, PUCE, 2003

25 Constitución del 2008, artículo 11.2.

26 Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

27 Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

ni tampoco recoge las acciones afirmativas. La Constitución de Venezuela reconoce la igualdad ante la ley (Art. 21) y, como derivación de este principio, la prohibición de discriminación por cuatro categorías (Art. 21.1) con definición de acuerdo a estándares internacionales, también reconoce la igualdad real y efectiva ante la ley y la adopción de medidas positivas (Art. 21.2).

Igualdad	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Igualdad formal	X	X	X	X	X	X
Igualdad sustancial	X	X		X		X
Definición discriminación				X		
Categorías prohibidas	23	17	13	20	7	4
Adiciones afirmativas		X		X		X

2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”²⁸.

Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios consti-

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

28 Constitución del 2008, artículo 11.3.

tucionales, tiene que ser aplicada. Para el derecho ordinario no existe discusión alguna en la teoría tradicional, que establecía que el juez debe aplicar la ley. Sin embargo, en relación a la Constitución tenemos algunas dificultades.

La teoría tradicional del derecho considera que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de normas. Unas de directa aplicación y otras programáticas. Se entendía que las primeras, al tener formas de reglas (hipótesis de hecho y obligación), podían ser aplicadas, mediante un proceso subsuntivo, por quien juzga. En cambio, las normas programáticas, aquellas que establecen objetivos a alcanzarse, tales como los derechos sociales, solo pueden ser aplicadas si es que existe desarrollo normativo. Esta teoría tiene sentido en el estado legal de derecho, puesto que las autoridades judiciales están sometidos exclusivamente a la ley. Este principio se conoce como el de mera legalidad.

En el neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aún cuando tenga la estructura de un principio. La distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables, es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas están sometidas además de la ley a la Constitución, y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que aplica. La sujeción a la Constitución, y no solo a la ley, se conoce como el principio de estricta legalidad.

Por otro lado, los sujetos destinatarios de los derechos ya no son exclusivamente las autoridades judiciales. Esto también cambia la teoría tradicional del derecho. Las normas están destinadas a vincular y limitar a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.

El problema teórico, que se resuelve de forma fácil y enunciativa, a través de la comprensión de que los principios son normas, se torna terriblemente complicado en la aplicación práctica, en particular en aquellos derechos que demandan una fuerte intervención estatal. Piénsese, por ejemplo, en el principio que establece que “las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos”²⁹. ¿Puede ser directamente aplicable esta norma? La respuesta es cate-

29 *Ibidem.*, artículo 13.

góricamente sí. Los ámbitos y las formas de resolver la real diferencia entre el “deber ser” del principio y el “ser” de la realidad requiere de teoría de los derechos humanos y de técnicas de interpretación. En principio, por el solo hecho de la existencia de la norma, las personas que consideran que se viola en la realidad este derecho, pueden iniciar una acción de protección de derechos. El resultado depende de las circunstancias. ¿Si un día usted no tiene dinero para comprar su almuerzo, podría considerarse que se ha violado su derecho a la alimentación? ¿Si la alimentación que se vende en un restaurante de comida rápida está llena de grasa saturada, estarían violando el derecho a alimentos sanos y nutritivos? Quien juzga o la autoridad que pretenda aplicar el principio, debe resolver la cuestión en relación al contexto y a las posibilidades reales de aplicación. Puede ser que exista daño y por tanto se requiere reparación, puede ser que existan justificaciones que expliquen la falta de atención al derecho, puede ser que se aplique el principio de subsidiaridad y que las personas que tienen recursos deban por sí mismo satisfacer el derecho, puede ser que exista una omisión del estado al formular políticas públicas sobre alimentación.

La norma es siempre aplicable. Cuando la autoridad determina que no cabe la pretensión de la persona que considera que su derecho está siendo violado, puede eso significar que el principio está siendo aplicado. Alexy, para comprender el fenómeno de la aplicación del derecho, utiliza la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría las personas que tienen derecho y consideran que están siendo violados, solo podrán encontrar satisfacción por parte del estado cuando tienen razones válidas y suficientes para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación en caso de que la norma no surta efectos en el caso.

Otro efecto de la directa aplicación es que no se requiere de intermediación de autoridad alguna para que se pueda invocar el cumplimiento de una norma. Los pretextos de falta de ley o reglamento para excusarse de cumplir un derecho, tan comunes en un estado burocratizado, no tienen cabida.

Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo. En tiempos de estados de excepción o de emergencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las garantías son imprescindibles para

el control democrático sobre el poder del estado³⁰. Los argumentos sobre el derecho son los mismos para sostener la directa aplicabilidad de las garantías.

2.6. Todo derecho es justiciable

En la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del estado y significaba que el estado estaba abusando de su poder. El ejemplo paradigmático es el de la libertad de movimiento. Toda persona tiene la posibilidad y la atribución de moverse por donde le sea permitido; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, estaba violando su deber de abstenerse. Por el contrario, los derechos sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva.

C. Sunstein ha demostrado que los derechos civiles no son solamente de abstención sino que requieren múltiples recursos y que dependen de los impuestos. De igual modo, los derechos sociales tienen también dimensiones negativas, o sea, exigen abstención de parte del estado cuando se practican formas alternativas a las estatales de medicina.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto énfasis en que éstos también pueden ser justiciables y que la diferencia en cuanto a la exigibilidad es de grado. Latinoamérica es paradigmática en cuanto a demostrar que los derechos sociales pueden ser justiciables. La Corte Constitucional de Colombia ha justiciabilizado el derecho a la salud pública cuando el municipio no ha concluido una obra de alcantarilla; los jueces argentinos han ordenado la provisión de agua potable a una comunidad que tenía agua contaminada, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha ordenado la provisión de medicinas a personas portadoras de VIH, la Corte de la India ha dispuesto que las personas que viven en las calles no pueden ser desalojadas porque tienen derecho a la vivienda.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N. 8 y N. 9.

En suma, la doctrina y la jurisprudencia confirma que todo derecho es justiciable y así lo recoge la Constitución 2008: “Los derechos serán plenamente justiciables”³¹.

En el constitucionalismo andino, las constituciones de Bolivia (Art. 112), Perú (Art. 200.2) y Venezuela (Art. 27) reconocen que todo derecho es justiciable; la Constitución de Colombia es la única que establece una diferencia entre los derechos directamente aplicables y justiciables (Art. 85) y los otros, que tendrían naturaleza programática, aunque, debemos reconocer, la Corte Constitucional ha justiciabilizado derechos económicos, sociales y culturales.

Justicia-bilidad	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Todo derecho	X		X	X	X	X
Algunos derecho		X				

2.7. Prohibición de restricción normativa

“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”³².

La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con (1) la supremacía de la Constitución, con (2) el principio pro homine y con (3) el principio de progresividad.

(1) La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, a través de una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación.

³¹ Constitución del 2008, artículo 11.3.

³² *Ibidem.*, artículo 11.4.

Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable. Por ejemplo, el amparo constitucional establecido en la Constitución de 1998 fue regulado sucesivamente por varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Esas regulaciones normativas establecieron condiciones tales como prestar otro juramento adicional al establecido en la ley, e imposibilitar las causales de amparo contra actos normativos de carácter general. Estas resoluciones eran evidentemente inconstitucionales por regular requisitos no establecidos en la Constitución. Puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva.

(2) El principio *pro homine* nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida. De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio *pro homine* deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada.

(3) Derechos y las garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido: alcance, ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican. El sentido contrario, está proscrito. La prohibición de restricción implica que cuando alguien la practica está optando por una alternativa regresiva.

El mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntima-

mente vinculado con la garantía normativa³³. El destinatario de esta norma es la Asamblea Nacional y todo órgano que tiene potestad o competencias normativas, tales como un Consejo Provincial, el Presidente cuando establezca un reglamento, un ministro cuando realiza una resolución, y, por supuesto, la autoridad judicial cuando resuelve mediante sentencia, qué es norma para las partes. Como la Constitución también regula a los particulares, los estatutos de compañías, las directrices de un colegio, los contratos laborales tampoco podrían restringir los derechos.

En el derecho comparado andino, las constituciones no reconocen expresamente este principio consagrado por Ecuador.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Principio de prohibición de restricción normativa				X		

2.8. Aplicación más favorable

“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”³⁴.

El principio supone (1) que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y (2) que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

(1) Entre dos normas, la mejor para la persona. En el año 1973, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el controversial caso “Roe v. Wade”, a través del cual permitió el aborto bajo ciertas condiciones,

³³ *Ibidem.*, artículo 84.

³⁴ *Ibidem.*, artículo 11.5.

lo hizo bajo el argumento del derecho de la intimidad, que prohíbe la injerencia arbitraria del estado en la vida de las mujeres. Otro derecho que pudo haberse aplicado es el de la libertad. El movimiento feminista de los Estados Unidos considera que la norma que más protege el derecho a las mujeres es de la libertad más que el de la intimidad. En el derecho a la intimidad se reforzó la separación de lo público con lo privado y la no injerencia el Estado en asuntos que no son de su incumbencia. Esta aplicación puede ser contraproducente para reivindicaciones públicas de espacios privados como el de la violencia doméstica. Más allá de las discusiones sobre la legitimidad del aborto, la autoridad que debe aplicar un derecho debe guiarse por la norma que brinde mayores posibilidades de ejercicio de derechos. En el caso brevemente relatado, tenemos dos normas, desde la perspectiva de las mujeres, que pueden ser aplicadas. ¿Cuál norma expande los derechos de manera más contundente?

(2) Una norma, dos o más interpretaciones, la mejor. En general, el derecho siempre es interpretable. Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y éstos se multiplican en el contexto. Cada palabra tiene más de un significado, y basta ver un diccionario de sinónimos; cada palabra adquiere sentido en una frase; cada palabra cobra sentido, incluso, en un contexto histórico, social y cultural. El derecho es por esta razón interpretable. Toda persona tiene derecho a una vivienda *adecuada* y digna³⁵. ¿Qué significa una vivienda *adecuada* para una persona indígena que vive en un ambiente comunitario, cálido y lluvioso? ¿Qué significa una vivienda adecuada para una persona urbana, soltera, jubilada, discapacitada? La palabra *adecuada* debe ser interpretada en función del contexto, de la persona beneficiaria, de las necesidades, de la cultura, de los medios que se dispongan para hacer una vivienda. Otro ejemplo de carácter procesal. La Constitución establece que en las acciones de protección de derechos, las notificaciones deben hacerse de la manera que sea más *eficaz* que estén al alcance de las partes³⁶. La palabra eficaz puede entenderse desde el derecho

35 *Ibidem.*, artículo 30.

36 *Ibidem.*, artículo 86 (2) (d).

civil, que implicaría un trámite escrito, formal y lento, o desde los avances de la informática, que implica un trámite a través de un medio electrónico, sin firmas e inmediato. Ante estas dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe favorecerse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del Estado.

La aplicación más favorable a los derechos solo la tienen la Constitución de Bolivia (Art. 255) y Ecuador. Esta afirmación no obsta a que a nivel jurisprudencial o legal ordinario se haya desarrollado; tampoco significa que las Constituciones no reconozcan el principio *pro reo* o *pro operario*, como lo hace, por ejemplo, la Constitución colombiana.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Principio de aplicación más favorable				X		

2.9 Las características esenciales de los derechos

La Constitución del 2008 recoge lo que en su momento fue una aspiración y un llamado de la comunidad internacional: “todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”³⁷.

L. Ferrajoli aporta a la comprensión de los derechos con una caracterización bastante precisa de los derechos fundamentales, que se distinguen de manera clara con los derechos ordinarios o patrimoniales. Las características que distinguen a los primeros son precisamente los establecidos en la Constitución.

³⁷ *Ibidem.*, artículo 11 (6); y Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena: “5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”.

Inalienables. Los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar de contenido. En cambio los derechos patrimoniales pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede la propiedad.

Irrenunciables. Una persona no puede renunciar, bajo circunstancia alguna, de la titularidad de estos derechos. En cambio, en los patrimoniales caben algunas formas de renuncia, por ejemplo el abandono y la donación; una persona puede despojarse de la propiedad de un bien arrojándolo a la basura o regalárselo a otra persona, sin que este abandono o renuncia implique una violación de derecho.

Indivisible. Los derechos, al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro. Las personas al mismo tiempo están ejerciendo múltiples derechos (vivir, libertad de movimiento, de pensamiento, de expresión, vivienda, nutrición, salud...) o los están violando. Así como en la vida no se puede afirmar que se ejerce un derecho a la vez, así tampoco se debe analizar los derechos sin consideración de los otros. Una persona es digna cuando todos los derechos están satisfechos. Los derechos patrimoniales, en cambio, son por naturaleza divisibles: se puede dividir la herencia, la propiedad horizontal, puedo vender un vehículo por partes, hipotecar una propiedad, satisfacer un crédito periódicamente, dividir la sociedad conyugal.

Interdependiente. Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos sistémicamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se lo puede compartamentalizar, tampoco se los debe compartamentalizar a los derechos. Una vivienda inadecuada, por no tener baños, ventilación, espacio suficiente, puede afectar al derecho a la intimidad, a la salud, a la familia, a la educación. De igual modo, por ejemplo, una alimentación inadecuada puede afectar la salud, la concentración en la escuela, la posibilidad de realizar deportes y hasta la vida misma. Por esta razón, la autoridad que aplique, restrinja o repare un derecho tiene que tomar en consideración los otros derechos que están en juego.

Igual jerarquía. Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación a la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades. El argumento de que los derechos de la libertad se encuentran al final y por tanto el constituyente les ha dado una importancia secundaria es falaz. Eso querría decir que quienes escribieron la Constitución del 2008, al poner en último lugar a los derechos colectivos y los derechos sociales, relegaron su importancia. Sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos sino que establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias.

Estas características esenciales las encontramos, con algunas variaciones (universalidad e inviolabilidad) en la Constitución de Bolivia (Art. 13. I); la de Colombia reconoce que los derechos son inalienables (Art. 5); la de Perú no tiene un capítulo ni norma sobre principios de los derechos; la de Venezuela tiene un capítulo sobre disposiciones generales y reconoce que los derechos son irrenunciables, indivisibles e interdependientes (Art. 19).

Cracterísticas DD. HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Inalienables	X	X		X		
Irrenunciables				X		X
Indivisibles				X		X
Independientes				X		X
Igual jerarquía				X		
Universal	X					

2.10. Las fuentes de los derechos

Las fuentes de los derechos humanos, en la Constitución de 1998, son tres: la (1) Constitución, (2) los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás derechos que se derivan de la naturaleza humana³⁸. Esta última fuente nos llevaba a un problema cuya solución no es pacífica: el iusnaturalismo. En la Constitución del 2008, en cambio, se adopta la fórmula de que la enunciación de los derechos en las anteriores fuentes “no excluirá los demás derechos derivados de (3) la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento”³⁹.

(1) La Constitución es el gran referente para identificar aquellos derechos que un país considera que son tan importantes que fundamentan la convivencia de las personas y los pueblos en un estado. Estos derechos están en lo que se denomina la parte dogmática de la Constitución. El primer lugar al que se debe recurrir para saber cuáles son los derechos que tienen protección especial en un estado es, sin duda, a la Constitución.

(2) Los instrumentos internacionales son de dos clases: los tratados y el *soft law*. Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requiere un trámite de aprobación, normalmente parlamentaria, al interior de los estados, y que debe su ratificación depositarse ante un organismo internacional. Una vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente. Los tratados de derechos humanos contienen un preámbulo (por qué el tratado), obligaciones generales (respetar y hacer respetar los derechos), enumeración de derechos (cuerpo) y un mecanismo de protección (que puede ser un mecanismo de información, como el establecido en la Convención de los Derechos de los Niños; un mecanismo cuasi contencioso, como el establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; o un mecanismo contencioso, como el recono-

38 Constitución de 1998, artículo 19.

39 Constitución del 2008, artículo 11 (7).

cido en el estatuto de Roma)⁴⁰. El *soft law*, en cambio, implica simplemente una firma del estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. Se dice, por tanto, que no son vinculantes y de ahí la denominación de “derecho suave”. Entre los documentos de *soft law* podemos enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices. ¿Se puede invocar un derecho establecido en el *soft law* en Ecuador? Sin duda alguna la respuesta es sí. No solo porque en Ecuador se pueden invocar los derechos que emanen de la dignidad, que el *soft law* puede ayudar a enunciarla, sino también porque el artículo *in comento* de manera clara establece que los derechos que reconoce Ecuador están en los instrumentos de derechos humanos. Si la voluntad expresa era restringir las fuentes a los tratados, creemos que se hubiera expresado de ese modo.

(3) La referencia a la dignidad tiene sustento jurídico innegable, aunque también podría tener referencia al iusnaturalismo, que tanto fue criticado por el positivismo. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo⁴¹, ha dado ocasión para que, a nivel jurídico, se la desarrolle en más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal, como enseña el jurista alemán Robert Alexy, con ocasión del artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que proclama que el Estado tiene como fin realizar la dignidad⁴²; a nivel doctrinario, por ejemplo, Ferrajoli ha usado la fórmula kantiana para deslegitimar todos los argumentos a favor de la prevención como fin de la pena⁴³. Esta cláusula que remite a la dignidad, que se denomina en la doctrina como “cláusula abierta”, abre la posi-

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

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

42 Robert Alexy, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 45.

43 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005.

bilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, puedan ser justiciables. La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos. Por ejemplo, supongamos que la experimentación genética llegue a ser tan desarrollada que la dignidad pueda ser afectada. Una persona científica, modificando genes, puede dotar a un ser humano de características tan excepcionales que sea inmune a las enfermedades, sea clarividente y pueda anticipar la voluntad de otros. Una sociedad con estas personas sería inevitablemente jerárquica y en consecuencia discriminatoria. En estas circunstancias hipotéticas ¿puedo demandar el derecho a la no experimentación científica con el genoma humano?⁴⁴. Los derechos son una realización histórica. El derecho a la naturaleza, que reconoce Ecuador en un contexto de calentamiento global y de extinción de bosques primarios, era inconcebible hace cincuenta años cuando no se consideraba siquiera que el modelo de desarrollo podría implicar una destrucción de la naturaleza que afecte la subsistencia incluso del ser humano. En el liberalismo clásico del siglo XIX no estaba bajo discusión que las mujeres, los niños, niñas, indígenas, analfabetos tuvieran derechos y pudieran ser ciudadanos o ciudadanas. ¿Tienen derecho las generaciones futuras? ¿Pueden existir necesidades de reconocimiento de derechos, que el ser humano de ahora no puede visualizar, con los amenazas de la técnica? De ahí la necesidad de una cláusula abierta en beneficio de los seres humanos y como herramienta de protección contra los males o amenazas no identificadas.

La Constitución de Bolivia parecería que reconoce explícitamente los derechos establecidos en la Constitución, sin referencia a los instrumentos internacionales, y permite la proclamación de derechos no enunciados en ella (Art. 13.II); la de Colombia establece que tienen vigencia los derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales y los demás derechos inherentes a la persona humana (Art. 94)⁴⁵; la de Perú también tiene una cláusula abierta de derechos y hace referencia a derechos de naturaleza

44 Sobre los riesgos de la biotecnología, ver Francis Fukuyama, "La dignidad", en *El fin del hombre/el último hombre*, Punto de lectura, 2003, pp. 241-285.

45 Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

análoga, sin especificar fuente, y a derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”(Art. 3)⁴⁶; la de Venezuela también reconoce las tres fuentes comunes: Constitución, tratados internacionales y los inherentes a la persona.

Fuentes de los DD. HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Constitución	X	X	X	X	X	X
Tratados		X	X	X		X
<i>Soft Law</i>			X	X		

2.11. La progresividad

La Constitución del 2008 recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y el de no regresividad⁴⁷. Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran de desarrollo progresivo y que solo los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad. Por ejemplo, nadie negará que la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que, al mismo tiempo, requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad; la inviolabilidad de la correspondencia comprendía, en el pasado, la de la comunicación escrita, luego se extendió a la telefónica y ahora comprende a la que se realiza por medios electrónicos; de igual modo, el derecho a la libertad y el secreto del voto es de cumplimiento inmediato siempre, pero uno es el alcance

46 Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

47 Constitución del 2008, artículo 11 (8).

cuando se emplea medios puramente mecánicos, y otro cuando se consideran medios electrónicos, que implicaría progresión hacia el perfeccionamiento de los instrumentos para emitir y registrar el voto; el derecho a la salud es de cumplimiento inmediato, pero de cumplimiento progresivo conforme las enfermedades aparecen o se extienden y la ciencia médica avanza en la prevención o tratamiento de ellas.

La Constitución de Bolivia reconoce que los derechos son progresivos (Art. 13.I); la de Colombia reconoce la progresividad solo en dos derechos (seguridad social, Art. 48; acceso a la propiedad de la tierra, Art. 64); la de Perú reconoce la progresividad solo en la seguridad social (Art. 10); la de Venezuela establece que el Estado garantiza a las personas los derechos de acuerdo al principio de progresividad (Art. 19).

Progresividad	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Todo derecho	X			X		X
Algunos derechos		Seguridad social y acceso a la propiedad			Seguridad social	
Ningún derecho			X			

2.12. La prohibición de regresividad

El complemento más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos. Al respecto se establece que: “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos”⁴⁸. La regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si

⁴⁸ *Ibidem.*, 11 (8), inciso segundo.

existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. O sea, si se justifica adecuadamente, se podría admitir una regresión, en forma excepcional y por tiempo determinado, en el goce de derechos. De este modo, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de los derechos, como la inversión en educación o salud, o los establecimientos para proveerlas no pueden disminuir en cuanto a montos o coberturas, ni privar a quienes gozan de ellos. Si esto sucede, existiría una violación a menos que el gobierno justifique adecuadamente las causas y éstas sean razonablemente aceptables. Se garantiza así la continuidad en las políticas y los servicios sin distinguir si se trata de un gobierno u otro, con una ideología determinada o la opuesta⁴⁹.

Sobre la no regresividad, la Constitución de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela no tienen referencia alguna.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Principio no regresividad				X		

2.13. La responsabilidad del estado

El último principio tiene referencia con la responsabilidad del estado. Se señala en la Constitución: (1) el más alto deber del estado, (2) la responsabilidad objetiva, (3) la repetición, (4) responsabilidad por violación a la tutela efectiva⁵⁰.

(1) El estado absoluto tenía como el más alto deber cumplir con la voluntad de la autoridad soberana; el estado liberal tenía como más alto deber cumplir la ley; en el estado constitucional, en cambio, “el más alto

49 Sobre la doctrina y jurisprudencia más actualizada sobre la prohibición de regresividad véase Christian Courtis, *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

50 Constitución del 2008, artículo 11 (9).

deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”⁵¹. Los otros fines del estado son secundarios frente a éste y deben entenderse funcionalizados a su cumplimiento. Por ejemplo, la defensa de la soberanía del estado⁵² tiene sentido en cuanto se defiende un estado que protege y garantiza los derechos de la gente; no tienen sentido la defensa de un estado por el estado, por el orden público, por seguridad nacional o, en general, por cualquier fin de carácter abstracto desvinculado de las personas⁵³.

La Constitución reproduce la forma tradicional de los tratados internacionales de derechos humanos de establecer las obligaciones generales frente a los derechos: respetar y hacer respetar. “Respetar” implica obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos; por ejemplo, cuando alguien está ejerciendo la libertad de movimiento, ningún agente de estado puede detenerlo; otro ejemplo, cuando una persona ejerce su derecho a la salud a través de un régimen homeopático, el estado no puede imponer medicamentos. “Hacer respetar”, en cambio, implica obligaciones de hacer u obligaciones positivas. Esta obligación puede tener dos manifestaciones. La una es tomar medidas, tales como elaborar una política pública, un programa de capacitación, expedir una ley, construir una escuela, o ejecutar un plan de vacunación. La otra es impedir que terceros, con sus acciones u omisiones, provoquen violaciones a los derechos, y esto tiene que ver con tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos horizontales (delitos, deudas, contratos incumplidos, violencia intrafamiliar). Estas obligaciones se reiteran cuando la Constitución trata el tema de la reparación en la acción de protección de derechos: el juez o jueza tiene la obligación de “especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas...”⁵⁴. Se incumplen las obligaciones de respeto cuando el estado realiza acciones y de “hacer respetar” cuando el estado omite actuar. En el primer caso cuando, por ejemplo, discrimina o

51 *Ibidem.*, artículo 11 (9), primer inciso.

52 *Ibidem.*, artículo 3 (2).

53 Sobre este tema y el debate sobre la legitimidad del estado para hacer una guerra y de las personas para involucrarse en ella, véase Michael Walzer, “La ley y el orden en la sociedad internacional”, *Guerras justas e injustas*, 3 ed., Paidós, 1997, pp. 89-116.

54 Constitución del 2008, artículo 86 (3).

tortura; en el segundo caso, cuando incumple un mandato claro y expreso del tipo “el Estado generará las condiciones de protección integral a sus habitantes a lo largo de sus vidas...”⁵⁵

(2) La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos por oposición a la responsabilidad subjetiva del derecho civil. En la responsabilidad objetiva responde el estado cuando existe un daño sin más; en la subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo. La formulación “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos...”⁵⁶ expresa la responsabilidad objetiva. Aún cuando no aparezca expresamente el enunciado sobre la responsabilidad objetiva, sería un gran error interpretar y aplicar categorías del derecho privado en la institucionalidad de los derechos. La responsabilidad objetiva también la encontramos en el derecho ambiental: producido un daño ambiental, hay que repararlo, aún cuando el daño se produjo por negligencia o culpa.

(3) ¿Tiene sentido que una persona pague, a través de sus impuestos, por la reparación material que realiza el estado cuando ha sido condenado por torturar? Si bien el estado, por la responsabilidad objetiva, responde ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de los agentes del estado, no es menos cierto que tiene la obligación de repetir. “Repetir” quiere decir que tiene la obligación de investigar y sancionar a los agentes del estado que provocaron la violación de derechos, de tal forma que el responsable individual pague lo que el estado hizo a su nombre. La víctima de violación de derechos reclama al estado y no al agente. Cuando el estado es condenado tiene la obligación de reclamar al agente. En el derecho internacional de los derechos humanos cuando un estado es sancionado expresamente se determina en la sentencia que debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y la subsiguiente responsabilidad del estado.

55 *Ibidem.*, artículo 341.

56 *Ibidem.*, artículo 11 (9), inciso segundo.

(4) Finalmente, la Constitución dedica especial atención a las violaciones relacionadas con el derecho a la tutela efectiva. La tutela efectiva puede ser considerada como un sinónimo de protección efectiva de los derechos. Si una persona ha sufrido la violación de un derecho, el estado tiene la obligación de ofrecer un recurso sencillo, rápido y eficaz. El estado le hace el daño y le tiene que ofrecer un mecanismo adecuado para repararlo. La Constitución ejemplifica algunas violaciones que puede provocar el uso de esta herramienta privilegiada de protección: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violaciones de los principios y reglas del debido proceso, revocación de sentencia condenatoria y, en general, violación a la tutela judicial efectiva⁵⁷.

En el constitucionalismo andino, la obligación de respetar derechos se encuentra dentro del articulado que establece otras obligaciones en Bolivia (Art. 9.4), Colombia (Art. 2), Perú (Art. 74) y Venezuela (Art. 3); la responsabilidad objetiva se desprende de los textos normativos de todas las constituciones; la obligación de repetir contra el funcionario o funcionaria público que vulneró los derechos lo tienen Bolivia (Art. 116.2) y Colombia (Art. 90).

Responsabilidad Estado y derechos	Bolivia	Colombia	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Perú	Venezuela
Objetiva tácita	X	X	X	X	X	X
Repetición	X	X	X	X		
Máximo deber del estado			X	X		
Deber DD. HH. entre otros	X	X		X	X	

⁵⁷ *Ibidem.*, artículo 11 (9), último inciso.

III. Conclusiones

(1) Los principios son normas jurídicas, propias del constitucionalismo contemporáneo, que se caracterizan por su ambigüedad y amplitud en su aplicación, imprescindibles para colmar las lagunas jurídicas y para solucionar las contradicciones que se manifiestan en el sistema jurídico. El introducir un capítulo de principios generales para comprender y aplicar todos los derechos reconocidos en la Constitución del 2008 es, sin duda, importante. La Constitución de 1998 lo incorporó a su texto, y la Constitución del 2008 lo perfeccionó, al ampliar los principios y sus contenidos.

(2) Ecuador, en términos generales, se encuentra en la vanguardia constitucional, comparando con los textos constitucionales de la región andina. La Constitución del 2008 recoge principios que han sido ampliamente reconocidos por la doctrina y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Podríamos afirmar, por la parte dogmática de la Constitución, y sus vínculos con la parte orgánica, que esta Constitución se la podría calificar como garantista. El modelo de estado proclama un catálogo de derechos ambicioso, tiene garantías para alterar la realidad y tiene un estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger derechos.

(3) Nos encontramos ante una paradoja de legitimación del estado. En un país como el Ecuador, la Constitución, sus principios y derechos no van a transformar automáticamente la realidad. La aplicación de la Constitución requiere de múltiples condiciones, entre otras: el texto constitucional sustancial, la cultura legal, el compromiso de la gente dentro del estado, la participación ciudadana. Aún, en la hipótesis más favorable, con todas las condiciones y hasta con los recursos económicos, el cumplimiento de los principios y derechos serán incompletos. Mientras más derechos, más posibilidades de tener un estado y una sociedad que los incumpla. ¿Es esto un error histórico o una falsa promesa? ¿Los derechos son siempre papel mojado o letra muerta? Para responder estas preguntas, conviene hacer un breve análisis en perspectiva histórica.

Los regímenes autoritarios y despóticos no tienen problemas de legitimidad entre el sistema jurídico que implantan y su ejecución. El anciano

régime no tenía contradicciones: se cumplía lo que se regulaba. En los regímenes liberales, que introducen pocos derechos y pocas garantías, en cambio, tengo un sistema jurídico que puede ser ilegítimo por permitir contradicciones, pero éstas son corregibles y eliminables. Pero en el sistema constitucional, las diferencias son permanentes e insalvables, y el sistema jurídico no deja de tener anomias y antinomias. En el régimen autoritario no hay conflictos, porque se los resuelve con la fuerza; en el régimen liberal, hay conflictos pero se los resuelve con la ley, la educación, el sistema. En el régimen constitucional, el sistema siempre está en conflicto, pero tiene los mecanismos para aminorarlos o combatirlos.

El hecho, por tanto, de tener principios y derechos lo que hace, en el fondo, es dar más herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el buen vivir.

¿Existe la ciudadanía universal?

Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución ecuatoriana de 2008

María Daniela Dávalos Muirragui

Sumario

I. Introducción. II. Acercamiento al concepto de ciudadanía universal. 2.1. La ciudadanía. 2.2. La ciudadanía universal. III. ¿Cuál es el tratamiento del tema en la Constitución de 2008? 3.1. Antecedentes históricos. 3.2. La ciudadanía en general. 3.2.1. Tipo de ciudadanía. 3.2.2. Régimen de las personas extranjeras. 3.2.3. Proclamación de la ciudadanía universal. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La sola alusión a “ciudadanía” nos transporta a diferentes ámbitos del conocimiento humano. Así como son varios los acercamientos que se han dado a este concepto desde diversas disciplinas como la Filosofía, la Sociología y el Derecho, son diversos los conceptos que han surgido en relación a este tema a través de la historia. En el actual contexto de globalización, el concepto de ciudadanía es discutido en referencia a temas diversos como la migración, las fronteras y los derechos humanos.

A pesar de que no es un tema nuevo, nos ofrece el reto de repensarlo y cuestionarlo por su doble criterio de integración y exclusión. Formas de

entender la ciudadanía de una manera más amplia como, por ejemplo, la “ciudadanía universal”, llamada también “ciudadanía cosmopolita”, se presentan como alternativas al concepto clásico de ciudadanía entendida como pertenencia a determinada comunidad política; esto es lo que sucede con la Constitución Política del Ecuador de 2008¹.

El objetivo de este ensayo es estudiar el concepto de ciudadanía que nos presenta dicho texto, sus implicaciones prácticas y, además, dar al lector o lectora, argumentos que lo ayuden a responder por sí mismo si es posible ser una persona “ciudadana del mundo” sin la existencia de un “Estado Mundial”.

Con miras a estos objetivos, haremos un acercamiento al concepto de “ciudadanía universal” que nos permita adquirir elementos básicos de análisis, luego revisaremos la Constitución de 2008 y la compararemos con la Constitución Política del Ecuador de 1998, así como con otras constituciones de Estados de la región. Para finalizar este ensayo propondremos algunas conclusiones.

II. Acercamiento al concepto de ciudadanía universal

2.1. La ciudadanía

Antes de pasar al concepto de ciudadanía universal, revisaremos rápidamente lo que se entiende por ciudadanía. El diccionario jurídico la define como “(...) el vínculo político (y, por tanto jurídico) que une a un individuo (...) con la organización estatal. Conjunto de derechos y obligaciones políticas”². Así, podemos ver que la concepción de ciudadanía surge a partir de la existencia de una comunidad organizada que reconoce derechos de participación a una persona, como miembro de dicha comunidad.

Dentro de los estudios sobre ciudadanía, una de las aproximaciones más conocidas es la que hizo Thomas H. Marshall en su obra *Citizenship and Social Class* (1950), en la que, además de atribuir el status de ciudadanía a

1 En adelante Constitución de 2008 o Carta Política 2008.

2 Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, p. 70.

una persona por ser miembro de una comunidad, asociaba los derechos de ciudadanía con los derechos civiles, políticos y sociales. Esta definición influyó mucho en las posteriores concepciones de ciudadanía, es así como, por ejemplo, tenemos a autores como Kymlicka y Norman que consideran que “[e]l concepto de ciudadanía está íntimamente ligado, por un lado, a la idea de derechos individuales y, por el otro, a la noción de vínculo con una comunidad particular”³.

Ahora bien, esta idea tan notablemente conocida tiene sus detractores, un ejemplo de estos es el profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien la critica, pues considera que Marshall confunde los derechos fundamentales con los derechos de ciudadanía, algo que califica como confuso y regresivo puesto que los derechos fundamentales lograron imponerse, no por ser inherentes a la condición de ciudadano, sino a la de persona⁴. La diferencia entre estos dos grupos es que los derechos fundamentales son “derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; (...) [son] derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía”⁵.

Para Ferrajoli, esta confusión entre derechos fundamentales y aquellos que solo corresponden a los ciudadanos como parte de una comunidad, es muy preocupante ya que sus repercusiones podrían plasmarse en restricción de derechos (por ejemplo cuando los Estados no reconocen los derechos fundamentales, como el acceso a la salud, a los extranjeros). De acuerdo al mencionado autor, esta tesis ha sido relanzada en los últimos años, en que muchos países se ven “amenazados” por el fenómeno de las inmigraciones masivas, con el fin de solo reconocer ciertos derechos fundamentales a los ciudadanos, “llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía (...)”⁶.

3 Will Kymlicka y Norma Wayn, *El retorno del ciudadano, una revisión de la producción reciente de la teoría de la ciudadanía*. Internet: http://www.uasb.edu.bo/stsr_a_aula1/m_4/unidad1/unidad1-texto3.pdf, Acceso: 2 de septiembre de 2008.

4 Véase Luigi Ferrajoli, “De los Derechos del Ciudadano a los Derechos de la Persona” en *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 99-100.

5 Luigi Ferrajoli, “Derechos Fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 55.

6 *Ibidem*.

Más allá de las discusiones acerca de la noción de ciudadanía, podemos comprobar históricamente que ésta cambia y además transforma la realidad social en la que es planteada. La ciudadanía inicia como una búsqueda de reconocimiento de derechos ante lo que anteriormente había sido el poder absoluto representado en el rey o gobernante. “Los derechos de ciudadanía son conquistados al Estado en cuanto expresión política de una matriz de poder y dominación (...)”⁷. Sin embargo, estas conquistas no fueron extendidas a todas las personas por igual. Los que dejaban de ser excluidos pasaban poco a poco a formar parte de una elite de sujetos de derechos. Por su parte, quienes todavía no eran reconocidos como ciudadanos, seguían en una continua lucha por sus derechos⁸. La ciudadanía entendida, en este caso, como el reconocimiento de derechos, solo era reconocida a ciertos grupos: en un inicio fueron los varones, blancos y de cierto estatus social. Poco a poco, el espectro de la ciudadanía fue ampliándose como consecuencia de décadas de movilizaciones y luchas de diferentes grupos sociales en todo el mundo.

2.2. La ciudadanía universal

Si bien hemos escuchado nombrar a la ciudadanía universal y hemos visto como este concepto supuestamente innovador, sorprende, agrada o intimida, la idea de un “ciudadano universal” no es nueva. Podemos encontrar sus orígenes en las ideas estoicas del “ciudadano del mundo” (*kosmous polites*).

7 Carlos M. Vilas, “Buscando al Leviatán: hipótesis sobre ciudadanía, desigualdad y democracia”, en Emir Sader (editor), *Democracia sin exclusiones ni excluidos*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1998, p. 118.

8 Recordemos, a manera de ejemplo, que tras la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), Olympe de Gouges redacta la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana* (1791).

Los estoicos planteaban que todas las personas vivimos en dos comunidades: en la que nacimos y en aquella que es la de deliberación y aspiraciones humanas. Sostenían también que el lugar de nacimiento no era más que un *accidente*, un hecho que no debía influir o crear diferencias entre los seres humanos, y que se debía dar a la humanidad y sus componentes más importantes (la razón y la capacidad moral) la mayor lealtad y respeto.

Evidentemente, ello no significa que los estoicos propusieran la abolición de las formas de organización política locales y nacionales y la creación de un Estado mundial. Su premisa era aún más radical: nuestra máxima lealtad no debe ser otorgada a ninguna mera forma de gobierno, ni a ningún poder temporal, sino a la comunidad moral constituida por la comunidad de todos los seres humanos⁹.

De ninguna manera esto quería decir que el ciudadano del mundo debía abandonar o repudiar su identidad local y sus afectos más cercanos, sino más bien tratar a los otros, aquellas personas que nos son desconocidas con la misma consideración con la cual trataríamos a nuestros seres cercanos, sean amigos o compatriotas¹⁰.

9 Martha Nussbaum, "Patriotismo y cosmopolitismo", en Joshua Cohen compilador, *Los límites del patriotismo*, Barcelona, 1999, p. 18.

10 La profesora Martha C. Nussbaum lo explica claramente de la siguiente manera: "[Lo que los estoicos] sugieren es que pensemos en nosotros mismos no como carentes de filiaciones locales, sino como seres rodeados por una serie de círculos concéntricos. El primero de estos círculos rodea el yo; el segundo la familia inmediata, y a éste le sigue el de la familia extensa. A continuación, y por orden, el vecindario o los grupos locales; los conciudadanos y los compatriotas (...) Alrededor de todos estos círculos está el mayor de ellos, el de la humanidad entera. Nuestra tarea como ciudadanos del mundo será 'atraer, de alguna manera, estos círculos hacia el centro' (Hierocles, filósofo estoico, siglos I-II de nuestra era) haciendo que todos los seres humanos nos sean tan familiares como nuestros conciudadanos y así sucesivamente. No debemos abandonar nuestros afectos e identificaciones particulares, ya sean éstas de tipo étnico, religioso o basadas en el género. No es necesario que pensemos en ellas como algo superficial, puesto que, en parte, constituyen nuestra identidad. Podemos y debemos dedicarles una especial atención en la educación. Pero al mismo tiempo, debemos trabajar para que todos los seres humanos formen parte de nuestra comunidad de diálogo y sean de nuestra incumbencia; basar nuestras deliberaciones políticas en esta comunidad entrelazada y conferir una atención y un especial al círculo que define nuestra humanidad". *Ibidem.*, p. 20.

Otra idea interesante de los estoicos para reforzar la idea de cosmopolitismo era considerar que las deliberaciones políticas se veían saboteadas por lealtades partidistas, ya fueran hacia un grupo particular o hacia la nación, algo que podríamos aplicar a nuestra realidad contemporánea. Por esto, recomendaban dar la lealtad más grande a la justicia y a la razón. En nuestro caso, esto se traduciría en no alentar una postura que solo refleje el apoyo ciego a un partido político, a un caudillo o a una conveniencia temporal, sino más bien hacerlo si ese es el resultado de una reflexión que nos lleve a la conclusión de que esa es la decisión correcta de acuerdo a las ideas de justicia y bien común.

Las ideas estoicas fueron posteriormente recogidas por Vitoria y Kant. Brevemente anotamos que el primero habla de los derechos por encima de la pertenencia a un Estado, “derechos que no dependen de la nacionalidad ni siquiera del hecho de ser extranjero en un determinado país sino justamente lo contrario del hecho de no tener nacionalidad y no ser extranjero de ninguna parte”¹¹, lo que se relaciona con el *ius communicationis* explicado como el derecho de las personas a deambular por la tierra que es propiedad común de todas. Kant, por su parte, proponía la creación de un federación de naciones (en contraposición de la imposición de un Estado mundial) que se rija por la *hospitalidad universal* como uno de los requisitos para la paz, esto quiere decir “el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro”¹².

Ahora bien, la ciudadanía cosmopolita o universal en el contexto contemporáneo es muchas veces entendida en diferentes aspectos. En un sentido mucho más amplio, se habla de la equiparación total entre personas de distintas nacionalidades. Esto no se limita al reconocimiento de sus derechos por el hecho ser personas como lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³, sino a la creación de una comunidad global en la

11 Cristina García Pascual, *Ciudadanía cosmopolita*, Internet:, Acceso: 1 de septiembre de 2008, p. 6.

12 Immanuel Kant, *La paz perpetua*, p.27, citado por Cristina García Pascual, op. cit., p. 12.

13 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

que no existan fronteras y se eliminen los requisitos para la movilidad humana (por ejemplo visas y permisos de residencia).

Desde otra perspectiva, se la entiende no como un reemplazo a la nacionalidad de cada persona, sino como la comprensión de que todos los seres humanos formamos parte de algo mucho más grande, de una comunidad mundial por lo que debemos ser responsables de trabajar juntos por un futuro común¹⁴. En esta visión adquiere más sentido preocuparnos por problemas globales como la contaminación o la pobreza, que si bien suceden en un lugar determinado del planeta, nos afectan a todos como miembros de una comunidad universal.

Luego de presentar estas visiones o modos de entender la “ciudadanía universal”, pasaremos ahora a revisar y analizar la ciudadanía en el Ecuador, su evolución hacia la ciudadanía universal, y qué implica este postulado en el contexto actual.

III. ¿Cuál es el tratamiento del tema en la Constitución?

3.1. Antecedentes históricos

Para ubicarnos dentro del contexto ecuatoriano es importante indicar que la “ciudadanía” ha sufrido en el Ecuador una serie de cambios conceptuales, proceso lógico dentro de las sociedades, que por concepto cambian y evolucionan. Revisaremos, brevemente, algunos de los requisitos para tener el reconocimiento de la ciudadanía, establecidos por las diferentes constituciones ecuatorianas (se pueden contrastar todos los requisitos en la Tabla #1).

Empecemos por la Constitución de 1830, documento con el que nace jurídicamente el Ecuador como Estado independiente. En dicha Constitución se establecía como requisito para la ciudadanía, la nacionalidad ecuatoriana, estar casado o ser mayor de 22 años, tener una propiedad libre de 300 pesos o una profesión independiente y saber leer y escribir. Podemos ver de esta manera, que el Ecuador nació con una ciudadanía res-

¹⁴ Estas ideas son defendidas por grupos como la *Association of World Citizens* (AWC).

tringida; el status de ciudadano era una categoría excluyente de la mayoría de personas, aquellas que no cumplían estos requisitos.

Años más tarde, la Constitución de 1869 (apodada “Carta Negra”) establece como requisito ser casado o mayor de 21 años, ser católico y saber leer y escribir. Como podemos apreciar en la Tabla # 1, el requisito de saber leer y escribir se elimina recién a partir de la Constitución de 1978. El requisito de religión es expresado solamente en la Constitución de 1869.

En cuanto al estado civil, el estar casado parecía ser un requisito indispensable cuya falta solo podía ser subsanada por el cumplimiento de la mayoría de edad (que fluctúa entre los 18, 21 y 22 años a lo largo de los distintos textos). Este elemento es eliminado como necesidad para la obtener la ciudadanía en la Constitución de 1897.

En relación al sexo como determinante para obtener la ciudadanía, encontramos que no se hace una referencia expresa en las constituciones de 1830 a 1878, sin embargo, estaba implícito que solo los varones podían tener la ciudadanía, ya que los otros requisitos como la educación, profesión o propiedad no podían ser cumplidos por las mujeres en dicha época. Hallamos una referencia expresa a la restricción de la ciudadanía a favor únicamente de los varones en la Constitución de 1884, y recién en la Constitución de 1929 se indica que tanto los hombres como las mujeres ecuatorianas pueden ser ciudadanos.

Tabla #1
Comparación ciudadanía en las Constituciones ecuatorianas

Año	Requisitos						
	Nacionalidad	Edad	Profesión o Propiedad	Educación	Estado Civil	Religión	Sexo
1830	Ecuatoriana	22 o casado	Propiedad de 300 pesos o profesión independiente	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 22	No es explícito	No es explícito
1834	Ecuatoriana	18 o casado	Propiedad de 200 pesos o profesión independiente	Saber leer y escribir	Casado o soltero mayor de 18 años	No es explícito	No es explícito
1845	Ecuatoriana	21 o casado	Propiedad de 200 pesos, profesión científica, arte mecánico o liberal, independiente	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 21 años	No es explícito	No es explícito
1850	Ecuatoriana	18 para casados 21 para solteros	Propiedad de 200 pesos, profesión o indus-	Saber leer y escribir	Casado y 18 años o soltero y 21 años	No es explícito	No es explícito

Tabla #1 (continuación)

Año	Requisitos							Sexo
	Nacionalidad	Edad	Profesión o Propiedad	Educación	Estado Civil	Religión		
			tría independiente					
1852	Ecuatoriana	21 años o casado	Propiedad de 200 pesos, profesión científica, arte mecánico o liberal, independiente	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 21 años	No es explícito	No es explícito	No es explícito
1861	Ecuatoriana	21 años o casado	X	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 21	No es explícito	No es explícito	No es explícito
1869	Ecuatoriana	21 años o casado	X	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 21	Católica	No es explícito	No es explícito
1878	Ecuatoriana	21 años o casado	X	Saber leer y escribir	Casado o mayor de 21	X	No es explícito	No es explícito
1884	Ecuatoriana	21 años o casado	X	Saber leer y escribir	Casado o mayores de 21	X	Solo hombres	Solo hombres

Tabla #1 (continuación)

Año	Requisitos							
	Nacionalidad	Edad	Profesión o Propiedad	Educación	Estado Civil	Religión	Sexo	
1897	Ecuatoriana	18 años	X	Saber leer y escribir	X	X	No es explícito	
1906	Ecuatoriana	21 años	X	Saber leer y escribir	X	X	No es explícito	
1929	Ecuatoriana	21 años	X	Saber leer y escribir	X	X	Hombre o mujer ¹⁵	
1945	Ecuatoriana	21 años	X	Saber leer y escribir	X	X	Hombre o mujer	
1946	Ecuatoriana	18 años	X	Saber leer y escribir	X	X	Hombre o mujer	
1967	Ecuatoriana	18 años	X	Saber leer y escribir	X	X	X	
1978	Ecuatoriana	18 años	X	X	X	X	X	
1998	Ecuatoriana	X	X	X	X	X	X	

¹⁵ Se establece el voto femenino.

Tabla #1 (continuación)

Año	Requisitos						
	Nacionalidad	Edad	Profesión o Propiedad	Educación	Estado Civil	Religión	Sexo
2008	Ecuatoriana						

*Se proclama el principio de ciudadanía universal, el progresivo fin de la condición de extranjero y se propicia la creación de una ciudadanía latinoamericana y caribeña.

Tabla: Elaboración Daniela Dávalos

Pasemos ahora a analizar cuál es el tratamiento de la ciudadanía en la Constitución 2008 y cómo se relaciona esto con las constituciones de la región.

3.2. La ciudadanía en general

La Constitución de 2008, al igual que su antecesora de 1998, equipara la nacionalidad con la ciudadanía. Es decir establece que todos los ecuatorianos y ecuatorianas son ciudadanos y gozan de los derechos establecidos en la Constitución¹⁶. Esta equiparación de nacionalidad con ciudadanía se aparta de la idea que sugiere que la nacionalidad es solamente el vínculo de una persona con un país ya sea por su nacimiento (*ius solis*) o por relaciones de filiación (*ius sanguinis*), y la ciudadanía la capacidad de ciertos individuos de “participar en la vida política del Estado del que forma parte”¹⁷.

Esto permite que la ciudadanía sea mucha más rica, y no se restrinja a la participación en sufragio. Si bien ese es un componente muy importante de la ciudadanía, consideramos que ésta, entendida como la participación activa de la persona en la sociedad, tiene más dimensiones. La participación de la persona en su comunidad, no solo se refiere a la capacidad de elegir y ser elegido, sino también a opinar libremente en cuestiones políticas o no políticas, participar en campañas, unirse a movimientos sociales, formar grupos o clubes, entre otras actividades, en las que también pueden participar personas de diferentes edades o condiciones que no necesariamente tengan el derecho al voto¹⁸.

Haciendo una comparación entre la Constitución de 2008 y la de 1998 parecería, a primera vista, que existe una diferencia pues la Constitución de 2008, en el artículo que habla sobre la ciudadanía de los ecuatorianos, no introduce limitaciones ni hace referencia a la ley para que regule su ejerci-

16 Véase constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008, artículo 6.

17 Anacélda Burbano Játiva, *Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía*, Internet: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.159.htm>. Acceso: 4 de septiembre de 2008.

18 Para profundizar más en el tema de participación véase *Los nuevos horizontes de la participación*, de Juan Pablo Morales, en esta misma obra.

cio. Sin embargo, en otras partes de su texto establece dichos requisitos y limitaciones, por ejemplo en el caso del sufragio¹⁹.

Una novedad es que la Constitución de 2008 establece un concepto de nacionalidad ecuatoriana²⁰, algo que no constaba la Carta Política de 1998. Éste es concordante con el proyecto plurinacional plasmado en su texto, pues indica que los ecuatorianos también pueden pertenecer a alguna nacionalidad indígena.

En el ámbito regional, encontramos que la Constitución boliviana, al igual que la ecuatoriana, equipara a la nacionalidad con la ciudadanía, e incluso se refiere a la “ciudadanía boliviana”²¹. Lo mismo sucede en el caso de la Constitución uruguaya, en la que no se habla de nacionalidad sino directamente de ciudadanía y se indica que ésta se encuentra suspendida hasta los 18 años de edad²².

Por otro lado, en la Constitución colombiana se indica que solo se puede ejercer la ciudadanía a partir de los 18 años, pero deja abierta la posibilidad de que la ley cambie esta situación²³, tratamiento semejante se establece en la Constitución chilena²⁴. La Constitución peruana establece claramente que solo son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años y además limita el ejercicio de los derechos de ciudadanía a la inscripción electoral²⁵. Por su parte, la Constitución bolivariana de Venezuela hace una distinción implícita al indicar que solo los venezola-

19 Véase Constitución de 2008, artículo 62.

20 *Ibidem.*, artículo 6, inciso segundo: “La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

21 Constitución Política de Bolivia, artículo 144: “I. La ciudadanía boliviana implica el reconocimiento de los derechos, los deberes y las garantías establecidos en esta Constitución. II. La ciudadanía boliviana se adquiere por nacimiento o por naturalización”.

22 Constitución Política del Uruguay, artículo 73.- “Los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales”.

23 Constitución Política de Colombia, artículo 98, Parágrafo: “Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”.

24 Constitución Política de Chile, artículo 13. “Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva”.

25 Constitución Política de Perú, artículo 30: “Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral”.

nos de cierta edad y que no estén inhabilitados (interdictos) pueden ejercer la ciudadanía²⁶.

En relación a las clases de ciudadanía, la Constitución de 2008 no difiere de la Constitución de 1998 al mantener la división clásica de ciudadanía por nacimiento o por naturalización, pero se debe reconocer que es menos restrictiva dentro de estas categorías, como veremos a continuación.

3.2.1. Tipos de ciudadanía

Dentro de este apartado vamos a analizar la clasificación que se hace entre los ecuatorianos por nacimiento y aquellos por naturalización. En relación a este tema encontramos algunas diferencias entre la Constitución de 2008 y la de 1998.

Empecemos el análisis de los *ecuatorianos por nacimiento*. Aquí encontramos una primera distinción en la que se evidencia que la nueva normativa es más amplia que la de 1998 pues ésta establece para las personas nacidas en el exterior los requisitos de voluntariedad, y residencia o edad (dependiendo del caso), para poder ser considerados como ecuatorianos por nacimiento²⁷. Frente a esto, la Constitución de 2008 indica que todas las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad son ecuatorianas, es decir amplía el espectro de reconocimiento al no poner un límite de edad ni la necesidad de la manifestación de la voluntad.

Como novedad, la normativa constitucional incluye dentro de la misma categoría de *ecuatorianos por nacimiento*, a las personas pertenecientes a

26 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Art. 39: Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía, y, en consecuencia, son titulares de deberes y derechos políticos de acuerdo con esta Constitución.

27 Constitución de 2008, artículo 7: “Son ecuatorianos por nacimiento: 1. Los nacidos en el Ecuador y, 2. Los nacidos en el extranjero: 2.1 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que esté al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente, del país por cualquier causa, si no manifiestan su voluntad contraria; 2.2 Del padre o madre ecuatoriano por nacimiento que se domicilien en el Ecuador y manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos; y, 2.3 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que con sujeción a la ley, manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos, entre los dieciocho y veintiún años de edad, no obstante residir en el extranjero.

comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en la zona de frontera²⁸. En la Constitución de 1998 se indicaba que los habitantes de territorio extranjero en zonas de frontera que acreditaran pertenecer al mismo pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales, y que además manifestaran su voluntad de ser ecuatorianos lo eran, pero por naturalización²⁹.

Evidentemente se nota la intención del texto de ampliar el espectro de reconocimiento, sin embargo, podríamos indicar que hay algunas incógnitas que no se aclaran en el texto constitucional y que podrían ganar contenido con jurisprudencia posterior. Una de las interrogantes surge en relación al *reconocimiento* por parte del Ecuador al que hace referencia el texto constitucional. Éste podría entenderse como *el reconocimiento de la existencia* de dicha comunidad, pueblo o nacionalidad. Por otro lado, también existe la posibilidad de concebir *el reconocimiento de la presencia* de un grupo de personas en la zona de frontera.

Por otro lado, el texto no hace ninguna referencia a la *calidad* de la comunidad, pueblo o nacionalidad reconocida. En la Constitución de 1998 se establecía que debía ser el mismo “pueblo ancestral ecuatoriano”. Esto se entendía puesto que existen comunidades indígenas que arbitrariamente han sido divididas por las fronteras impuestas al momento de la conformación de un Estado y para quienes esas líneas imaginarias carecen de significado³⁰. Sin embargo, la pertenencia al mismo grupo ancestral no consta como un requisito en la Constitución de 2008. Esto nos lleva a preguntarnos si los miembros de cualquier asentamiento humano en la frontera ecuatoriana son ecuatorianos por nacimiento o si solo debemos interpretarlo a favor de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que de manera ancestral tengan su asentamiento ahí. Si la respuesta es a cualquier grupo humano, ¿podría esto aplicarse a los grupos humanos que han sido desplazados ya sea de manera forzada o voluntaria hacia la frontera ecuatoriana? ¿Cómo interpretar esta norma?

28 Constitución de 2008, artículo 7 # 3.

29 Constitución Política del Ecuador de 1998, 8 # 5.

30 Véase por ejemplo el caso de los Awá, quienes tienen presencia principalmente en el sur de Colombia en el Departamento de Nariño, pero también en el norte de Ecuador en las provincias de Esmeraldas y Carchi.

Frente a estas posibles incógnitas, tenemos que remitirnos al mismo texto constitucional que nos indica que para interpretar sus normas debemos atenernos al tenor literal que más se ajuste a la integralidad de su texto, y que en caso de duda debemos interpretar al sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos humanos³¹, es decir en base al principio *pro persona*³².

Es importante señalar que la norma que acabamos de analizar, como está expresada en la Constitución de 2008, es novedosa en la región, pues no encontramos regulación semejante. No tienen normas tan amplias las constituciones boliviana, venezolana, chilena, peruana, ni uruguaya. Sin embargo, en la Constitución colombiana encontramos una norma parecida a la de 1998, por cuanto se reconocen como colombianos *por adopción* (el equivalente a naturalización) a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, pero de acuerdo a la aplicación del principio de reciprocidad³³.

En relación a los ecuatorianos por naturalización es importante fijarnos en el numeral 4 que da esta categoría a las personas que “contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo a ley”. Lo novedoso de este punto es que se lo desvincula del numeral 1 que indica “los que obtengan carta de naturalización”. Es decir, anteriormente, se podía pedir la carta de naturalización por matrimonio con ecuatoriano o ecuatoriana, ¿se entendería ahora que no es necesario seguir este procedimiento y que solo bastaría el matrimonio o acreditar el tiempo de convivencia?

Consideramos que la respuesta es negativa debido a que el texto agrega una referencia a la ley, lo que plantea la necesidad de regular el tema mediante la legislación secundaria. La verdadera novedad que introduce

31 Véase Constitución de 2008, artículo 427.

32 El principio *pro persona o pro homine* es “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...” Concepto de Mónica Pinto, citado por Fabián Salvioli, “Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”, en Víctor Bazán (Coordinador), *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, pp. 143 – 155; Buenos Aires, Argentina, ed. Ediar, 2003.

33 Véase Constitución de Colombia, artículo 96.

esta norma es que establece constitucionalmente la posibilidad de que tanto las personas en unión de hecho como los que han contraído matrimonio puedan acceder a este procedimiento. La normativa ecuatoriana vigente en este tema es la ley de naturalización³⁴ que solo menciona la posibilidad de los casados de naturalizarse. Además, dicha ley impone diferencias discriminatorias y sexistas en relación a los requisitos para los hombres casados con ecuatorianas que a las mujeres casadas con ecuatorianos³⁵.

3.2.2. Régimen de las personas extranjeras

3.2.2.1 Diferencias entre nacionales y extranjeras

La Constitución de 2008 establece que las personas *extranjeras* que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución³⁶. Esta última frase que dice “de acuerdo a la Constitución” es una fórmula para indicar que la norma general tiene limitaciones establecidas en el mismo texto, es decir que hay excepciones a la norma general de igualdad de derechos³⁷. De manera similar, se señala esta norma en la Constitución de 1998³⁸ al indicar que los extranjeros tienen los mismos derechos que

34 Ley de Naturalización, No. 276 de abril de 1976.

35 Entre los varios requisitos establecidos por el artículo 4 de la Ley de Naturalización se señala el haber residido ininterrumpidamente en el país durante tres años a partir de la fecha de la expedición de la cédula de identidad ecuatoriana. A continuación se indica que este requisito no se exigirá a las mujeres extranjeras casadas con ecuatorianos o viudas de ecuatorianos. En relación a los extranjeros casados con mujeres ecuatorianos o que tengan uno o más hijos nacidos en Ecuador, el plazo de residencia se reduce a dos años. Asimismo, un artículo posterior (Art. 9), señala que para la mujer extranjera, casada con ecuatoriano que tenga su domicilio en el Ecuador o ejerza funciones públicas en el exterior, adquieran la nacionalidad, solo se necesita su declaración de adoptarla y renunciar a la anterior, es decir sin ninguno de los requisitos que se establece para los varones.

36 Constitución de 2008, artículo 9.

37 Esta es una aclaración muy relevante para el análisis de otros temas en la Constitución, pues si la norma no estableciera limitaciones sería una prohibición total para cualquier tipo de diferencia entre nacionales y no nacionales. Consecuentemente, se les debería reconocer todos los derechos, sin diferencia por nacionalidad.

38 Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 13.

los ecuatorianos con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.

Una diferencia que hay que visibilizar es que la Constitución de 2008 ubica esta norma dentro del capítulo de ciudadanas y ciudadanos, mientras que la Constitución dedica un capítulo a los “extranjeros”. De esta manera, la Constitución del 2008 pretende eliminar la clasificación entre nacionales y extranjeros y no hacer distinción alguna entre ellos; por esto, deliberadamente, omite un capítulo que hable de los extranjeros. Así, intenta ser consecuente con el principio de ciudadanía universal que es proclamado en el capítulo de relaciones internacionales al igual que el “progresivo fin de la condición de extranjero”³⁹. Sin embargo, comete un error conceptual al mantener la categoría de extranjeros en el texto. Una norma más adecuada hubiese sido una que indique que *todas las personas* que se encuentren en el territorio ecuatoriano tienen los mismos derechos, y agregar la salvedad de que deben ser regulados temas como, por ejemplo, el ejercicio de derechos políticos en personas que no han cumplido cierta edad, o que son extranjeras.

Por otro lado, el artículo 61 de la Constitución de 2008 establece algunos derechos de participación e indica que éstos solo son para los ecuatorianos y ecuatorianas. Sin embargo, en su último numeral, incluye a los extranjeros al indicar que gozarán de tales derechos *en lo que les sea aplicable*. Una vez más, esta indicación abre la puerta a la interpretación de la norma. El objetivo ahora sería entender cuáles de esos derechos les son aplicables a los extranjeros.

Es de nuestra opinión que el dejar una cláusula abierta como la de “los que les sean aplicables” es una fórmula ambigua que produce incertidumbre al momento de analizar el texto de la Constitución de 2008. Se pueden presentar varias interpretaciones que no necesariamente tengan la misma respuesta. Si tomamos en cuenta qué es aplicable por el hecho de ser personas, tendrían todos los derechos. Si por otro lado, analizamos qué es aplicable en relación a su calidad de “ciudadanos”, la respuesta variaría en relación

39 Art. 416.- “Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderá a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente en las relaciones Norte-Sur. El subrayado es nuestro.

a quiénes considera ciudadanos el texto. Aquí plantearemos algunas alternativas de interpretación.

Un primer análisis nos indicaría que la respuesta está en el Art. 63 inciso segundo cuando se reconoce el derecho al voto a los extranjeros que hayan residido en Ecuador de manera legal al menos cinco años⁴⁰. Esto significaría que los extranjeros que no entren en esa clasificación no tienen ningún derecho político. Por el contrario, aquellos que sí reúnan los requisitos indicados tendrían derecho al voto, pero no a ser elegidos, participar en los asuntos de interés público, ser consultados, fiscalizar los actos del poder público, desempeñar empleos y funciones públicas, conformar movimientos políticos y afiliarse a ellos.

Para respaldar esta tesis, podría ser útil hacer el análisis a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹ indica que todos los derechos ahí reconocidos son aplicables a todas las personas dentro del territorio y sujetos a la jurisdicción del Estado, sin embargo al hacer mención a los derechos políticos⁴², indica que estos derechos les son reconocidos a los “ciudadanos”. La Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos⁴³ señala que en principio no debe haber discriminación entre nacionales y extranjeros para el reconocimiento de los derechos, pero que se admite la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos de manera excepcional en relación al Art. 25, esto es a votar, ser elegido, tener acceso a funciones públicas y participar en la dirección de asuntos públicos por sí mismo o por representantes.

40 No se explica cuál fue el criterio para establecer el número de años en cinco, si se toma en cuenta que para obtener la carta de naturalización se necesita (de acuerdo a la actual ley), solamente tres años de residencia.

41 En adelante PIDCP.

42 PIDCP, Art. 25: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

43 Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Párr. 2.

En el mismo sentido la Observación General N° 25 del mismo Comité reconoce la posibilidad de establecer esta diferencia en base de la ciudadanía, pero señala que los Estados deben determinar las disposiciones jurídicas que definen la ciudadanía “en el contexto de los derechos amparados por ese artículo”⁴⁴. Es decir, nos debemos remitir a lo que indique la Constitución de 2008 sobre quiénes son ciudadanos. Regresamos nuevamente al análisis de que a pesar de que se proclama la ciudadanía universal, se establece que son ciudadanos los nacidos en el Ecuador o los nacionalizados como tales. Por lo tanto, los extranjeros (que no se hayan nacionalizado) no tendrían los mismos derechos que los ecuatorianos y, en el caso analizado, no tendrían los derechos del artículo 61 a menos que una disposición expresa indique lo contrario.

Frente a esta posición y para mantener la tesis contraria, tenemos otros argumentos. En primer lugar podríamos argüir que solo aquello que esté expresamente señalado como prohibido no estaría permitido para los extranjeros. Desde esta óptica, los extranjeros tendrían la mayoría de derechos enumerados en el artículo 61. Sin embargo, como una norma posterior menciona que el derecho al voto les está reservado a los extranjeros a partir de sus cinco años de residencia, entonces tendrían todos los derechos del artículo 61 mas no podrían elegir, ni ser consultados, consecuentemente tampoco podrían revocar el mandato. En esta misma línea de análisis, los extranjeros estarían en la capacidad de participar en cualquier elección, a menos que la norma disponga que para postularse se tiene como requisito el ser ecuatoriano o ecuatoriano por nacimiento (como por ejemplo en el caso de los asambleístas⁴⁵, ministros⁴⁶, presidente⁴⁷, entre otros). Respalda esta afirmación el que exista un artículo que enumere las exclusiones para ser candidato a elección popular y no se indique en momento alguno a los extranjeros⁴⁸. ¿Parece insólito el que a una persona se le otorgue el derecho de participar como candidata en una elec-

44 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, *Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, Párr. 3.

45 Véase Constitución de 2008, artículo 119.

46 *Ibidem.*, artículo 151.

47 *Ibidem.*, artículo 142.

48 *Ibidem.*, artículo 113.

ción, pero al mismo momento, no pueda sufragar? Esto no sería incorrecto de acuerdo al texto de la Constitución de 2008, pues también está previsto en otros casos, como por ejemplo en el voto de los militares, quienes están facultados para elegir pero no pueden ser elegidos mientras estén en servicio activo⁴⁹.

Ahora bien, ¿cuál de estas dos posiciones es la correcta? Creemos que en la práctica la aplicación de esta norma generará un debate enriquecedor. El Tribunal Contencioso Electoral y/o la Corte Constitucional tendrían que definir esta situación en caso de presentarse conflicto en la interpretación. Claro está, deberán obligatoriamente guiar su análisis por los principios interpretativos previamente establecidos, y especialmente el principio *pro persona*.

En relación a este tema, la Constitución de 1998 establecía, como ya se indicó, la igualdad de derechos entre ecuatorianos y extranjeros. Sin embargo, en cuanto a los derechos políticos, se los excluía expresamente, por lo que los extranjeros no tenían derecho de elegir y ser elegidos, presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, ser consultados, fiscalizar, revocar el mandato y desempeñar empleos y funciones públicas⁵⁰.

La normativa comparada que hasta el momento hemos revisado, tiene diferentes posturas en cuanto a la equiparación entre nacionales y extranjeros. La Constitución boliviana, en un primer momento, indica que todos los seres humanos gozan de los derechos, deberes y garantías establecidos allí sin ninguna distinción, sin embargo, posteriormente agrega que los extranjeros y extranjeras gozan de todos derechos, deberes y garantías, pero con las restricciones que se establezcan en la Constitución⁵¹. Como resultado, se tiene una constitución que sí hace distinción en base a la nacionalidad. Un ejemplo de esto es su artículo 9, numeral 5, en el que indica que son fines y funciones esenciales del Estado asegurar el acceso de las *bolivianas y bolivianos* a la educación, salud y trabajo. Éstos son derechos humanos que no deberían depender de la nacionalidad de la persona. Es decir,

49 *Ibidem.*, artículos 62 y 113.

50 Véase Constitución Política del Ecuador 1998, artículo 26.

51 Constitución Política de Bolivia, artículo 14: "I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción alguna. VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano gozan de los derechos, deberes y garantías, salvo las restricciones establecidas en la Constitución.

cuando una persona requiere, por ejemplo, atención médica, no se la debe dar porque exista una norma amplia en referencia a la “ciudadanía universal” sino porque son derechos básicos de las personas. La Constitución boliviana confunde el reconocimiento de derechos fundamentales con el reconocimiento de la ciudadanía, es así que tiene una disposición que indica que la ciudadanía boliviana implica el reconocimiento de los derechos, los deberes y las garantías establecidos en la constitución⁵². En relación al derecho al sufragio, Bolivia lo reconoce a los extranjeros solo en el caso de elecciones municipales⁵³.

En la Constitución chilena no existe una mención expresa a la igualdad entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, al hablar de los derechos constitucionales se indica como sujetos a “todas las personas” y se señala que todas las personas son iguales y libres dentro del territorio chileno⁵⁴. Se mantienen las diferencias entre nacionales y no nacionales sobre todo en lo referente a los derechos políticos. Los derechos al sufragio y a optar cargos de elección popular están ligados directamente a la calidad de ciudadano, sin embargo en el caso del derecho al sufragio, lo hace extensivo a los extranjeros mayores de 18 años que vivan en ese país por más de cinco años⁵⁵.

La Constitución colombiana habla de igualdad entre extranjeros y nacionales, mas solo en el tema de derechos civiles. Además, indica que la ley podrá, por razones de orden público, condicionar o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Los derechos políticos se reservan solo para los nacionales, pero se deja abierta la posibilidad de que

52 *Ibidem*, Art. 144.

53 Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 27 II. Las extranjeras y los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho a sufragar en las elecciones municipales, conforme a la ley.

54 Constitución Política de Chile, artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: 2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

55 Constitución Política de la República de Chile, artículo 13. “Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran. Art. 14. Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”.

la ley otorgue el derecho de sufragio a los extranjeros residentes para el caso de elecciones o consultas municipales o distritales⁵⁶.

La Constitución peruana no hace ninguna referencia a igualdad entre nacionales y extranjeros, sin embargo, tiene un capítulo que habla de los “derechos fundamentales” que está dirigido a todas las personas. Ese capítulo hace mención a los derechos civiles y la única excepción que contiene en relación a los extranjeros es que limita su derecho al libre tránsito y remite su regulación a la legislación secundaria. En un capítulo independiente trata a los derechos sociales y económicos, y tampoco se hace una diferenciación expresa en base a nacionalidad. Sin embargo, al llegar a los derechos políticos, indica claramente que estos solo son de los ciudadanos, es decir de los nacionales que reúnan los requisitos de edad y capacidad⁵⁷.

La Constitución uruguaya indica que reconoce los derechos a todos los habitantes del país, sin distinción alguna. Sin embargo, sí establece diferencias en base del lugar de nacimiento, incluso para los uruguayos por naturalización. Además, establece que si bien todas las personas tienen derecho a ingresar y abandonar el país, los inmigrantes no deben tener defectos físicos, mentales o morales que puedan afectar a la sociedad⁵⁸. En cuanto a los derechos políticos, si bien Uruguay reconoce el derecho al sufragio de las personas sin necesidad de que tengan un estatus de “ciudadanía legal”, impone otros requisitos que pueden ser restrictivos como, por ejemplo, el tiempo de residencia de quince años, tener una familia constituida y una

56 Constitución Política de Colombia, artículo 100: “Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

57 Constitución Política de Perú, artículo 31: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil”.

58 Constitución Política del Uruguay, artículo 37.- “Es libre la entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida con sus bienes, observando las leyes y salvo perjuicios de terceros. La inmigración deberá ser reglamentada por la ley, pero en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad”.

propiedad o profesión en Uruguay⁵⁹. Además restringe los derechos políticos incluso a aquellos que ya son considerados ciudadanos legales, es decir naturalizados, pues no los pueden ejercer hasta tres años después de obtener la carta de naturalización⁶⁰.

La Constitución venezolana señala que el Estado garantizará todos los derechos a todas las personas, sin discriminación. Sin embargo, durante el desarrollo del texto se condiciona el goce de varios derechos a la nacionalidad y se hace diferencia entre el tipo de nacionalidades⁶¹. Asimismo, dentro del derecho a la igualdad, se establece que el único trato oficial que se puede dar es el de “ciudadano” o “ciudadana”, lo que deja fuera a los no ciudadanos, es decir a los no nacionales. En cuanto a los derechos políticos, Venezuela se presenta como el país más restrictivo de los aquí comparados al indicar que los derechos políticos son “privativos” de los venezolanos por nacimiento. Es decir ni siquiera están incluidos los venezolanos por naturalización, a menos que hayan ingresado al país antes de los siete años de edad⁶². Sin embargo, se reconoce el derecho al voto a extranjeros que hayan

59 Constitución Política del Uruguay, artículo 78.- “Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República.”

La prueba de la residencia se fundará indispensablemente en instrumento público o privado de fecha comprobada, y si la justificación fuera satisfactoria para la autoridad encargada de juzgarla, el extranjero quedará habilitado para el ejercicio del voto desde que se inscriba en el Registro Cívico, autorizado por la certificación que, a los efectos, le extenderá aquella misma autoridad”. (El subrayado es nuestro).

60 Constitución Política de Uruguay, artículo 75.- “Tienen derecho a la ciudadanía legal: (...) Los derechos inherentes a la ciudadanía legal no podrán ser ejercidos por los extranjeros comprendidos en los incisos A) y B) hasta tres años después del otorgamiento de la respectiva carta.

61 “Para ser Presidente se debe ser venezolano *por nacimiento* y no poseer ninguna otra nacionalidad, para ejercer los cargos de diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, Ministros o Ministras, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de Estados y Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida (además de los otros requisitos específicos para el cargo)”. Véase Constitución de Venezuela, artículo 41.

62 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 39. “Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titu-

vivido más de 10 años en el país para el caso de elecciones parroquiales, municipales y estatales⁶³.

En el mismo tema de los extranjeros, la Constitución de 2008 hace, en relación a la de 1998, algunos avances interesantes que no podemos dejar de mencionar y los analizaremos en el siguiente apartado.

3.2.2.2. Avances a favor de extranjeros

Además de los derechos políticos, que ya se mencionaron, existen, en el nuevo texto constitucional, varios avances en cuanto a la protección de extranjeros en territorio ecuatoriano. Aquí solo nombraremos algunos que sirvan para respaldar esta afirmación.

En relación al refugio, podemos decir que Ecuador tiene una larga tradición en la materia y que incluso ha sido reconocido internacionalmente por sus buenas prácticas⁶⁴ y como el mayor receptor de refugiados a nivel latinoamericano. Esto no quiere decir que no haya aspectos en los cuales se debe trabajar y mejorar, sobre todo en lo que se refiere a los aspectos legislativos. La Constitución de 2008 hace un avance en este sentido al elevar a rango constitucional el principio de no devolución⁶⁵ (*non refoulement*) que implica el que no se debe regresar a la persona al lugar donde su vida o liber-

lares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución”. Artículo 40. “Los derechos políticos son privativos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría”. ”.

63 Artículo 64. “Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política. El voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

64 El 8 de octubre de 2008, el Viceministro de Relaciones Exteriores, José Valencia, participó como orador en la presentación del plan piloto del ACNUR “Global Needs Assessment, en dicho evento el país fue felicitado por el Alto Comisionado Adjunto de Naciones Unidas para los Refugiados por su buenas prácticas.

65 Véase Constitución de 2008, artículo 41.

tad se puedan ver amenazadas⁶⁶. Cabe indicar que, de acuerdo a la Carta Política del 2008, este principio no solo se aplica a las personas refugiadas sino a cualquier persona extranjera que pueda estar en una situación similar, y además el texto constitucional aumenta la prohibición a que la persona no puede ser devuelta o expulsada al lugar donde su vida, libertad, seguridad, integridad o la de sus familiares corran peligro⁶⁷.

En la misma materia, podemos indicar el reconocimiento al derecho a protección especial, asistencia humanitaria y la posibilidad del reconocimiento colectivo de manera excepcional⁶⁸. Además, es muy relevante el que se haya constitucionalizado el principio del Derecho Internacional de los Refugiados de no sanción por ingreso ilegal. Concordantemente con esa idea, la Carta Política del 2008 mantiene que no se aplicarán sanciones penales a las personas solicitantes de refugio o asilo que hayan ingresado o permanecido en situación de irregularidad⁶⁹.

En cuanto a los procesos migratorios es de destacar la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros pues deben ser individualizados⁷⁰. A esto se suma el derecho de las personas extranjeras de que informe inmediatamente a su consulado correspondiente sobre su detención⁷¹.

Para acabar este apartado queremos destacar la importancia de no identificar a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. Esta norma constitucional⁷² se opone frontalmente a una situación fáctica que se ha dado no solo en Ecuador, sino en general en el mundo y, que puede resumirse en relacionar al extranjero con la inseguridad, el narcotráfico, la delincuencia y, en algunos casos, con el terrorismo⁷³. Por lo tanto, la idea detrás de esta norma es *descriminalizar* la migración, ya sea de ecuatorianos

66 Véase Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), artículo 33.

67 Véase Constitución de 2008, artículo 66 #14.

68 *Ibidem.*, artículo 41.

69 *Id. Ibidem.*

70 *Id. Ibidem.*

71 Véase Constitución de 2008, artículo 77 #5.

72 *Ibidem.*, artículo 40.

73 Para un análisis de tema de derechos y migración, (especialmente en emigrantes ecuatorianos), véase Nicole Pérez Ruales, "El impacto de la globalización en el Derecho de los Migrantes", en Ramiro Ávila (editor) *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 273-309.

en el extranjero, o de extranjeros en el Ecuador. Esto es un hecho consecuente con el rechazo público que el Ecuador, al igual que otros países latinoamericanos y organizaciones como la Mercosur y la OEA, hicieron a la llamada “Directiva de Retorno”, normativa aprobada por el Parlamento Europeo y que toca el tema de las migraciones de manera restrictiva.

3.2.3. Proclamación de la ciudadanía universal

La Constitución 2008 proclama la ciudadanía universal como *principio* en el capítulo de las relaciones internacionales⁷⁴. ¿Qué implica el que haya sido proclamado como principio y no como derecho o regla? Para responder esto, empecemos por analizar qué es un principio. El profesor italiano Gustavo Zagrebelsky nos dice que “las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”⁷⁵.

Nuestra aplicación de este concepto al texto constitucional es que la ciudadanía universal entendida como principio debe guiar la interpretación que se haga a favor de las personas, más allá de su nacionalidad. Por esto, el tema de la ciudadanía, ahora entendida desde una concepción más amplia, está presente en diferentes secciones de la Constitución.

No estaríamos hablando de una regla de ciudadanía universal, tampoco se ha propugnado el derecho a la ciudadanía universal. De lo contrario, cabría que nos preguntemos si la ciudadanía universal implica, que no se haga distinción alguna entre personas por su nacionalidad (es decir por el

74 Constitución de 2008, Art. 416: Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.

75 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil ley, derechos, justicia*, (Cuarta edición) Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 110.

“accidente” de haber nacido en determinado país), ¿para qué nos sirve una clasificación que hace distinción entre extranjeros, ecuatorianos por nacimiento y ecuatorianos por naturalización? En primer lugar, tendríamos que recordar que la ciudadanía universal no implica que la persona extranjera pierda su nacionalidad y automáticamente se convierte en ecuatoriano. La respuesta podría surgir de la palabra *progresivo* que se antepone al deseo de finalizar la condición de extranjero y también por el hecho de que la Constitución de 2008, hace un gran esfuerzo por borrar esa línea divisoria entre extranjeros y nacionales, sin bien en algunas partes del texto ésta se mantiene, cabe reconocer que ésta se vuelve cada vez más sutil y que encamina a la normativa ecuatoriana a una evolución de la ciudadanía enfocada en eliminar las diferencias basadas en la nacionalidad.

¿Quiere decir esto que para efectivizar la ciudadanía universal se tendría que eliminar los registros de personas que ingresan y salen del país y otros trámites como el del censo de los extranjeros? Consideramos que la respuesta es negativa. Si esa hubiese sido la intención del legislador, no se hubiese establecido como competencia del Estado el “registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio”⁷⁶. Sería ilógico eliminar el registro de personas, pues éste bien utilizado sirve para planificar las políticas poblacionales necesarias justamente para atender y efectivizar los derechos fundamentales de las personas que residen en el Ecuador (sin diferencia de su nacionalidad). Claro está, no debe utilizarse la necesidad de tener un registro de personas como excusa para imponer políticas migratorias restrictivas. Por ejemplo, si una persona acude a un hospital y para ser atendida necesita dar sus datos personales, no se podría utilizar aquella información para su deportación.

Consideramos que la ciudadanía universal es también un evolucionar del concepto de ciudadanía, un concepto más integrador, cada vez menos excluyente. Esto no se refiere solo a los extranjeros en Ecuador. El ampliar el concepto de ciudadanía hace que éste se extienda más allá de las fronteras e incluya también a los ecuatorianos que han migrado del país. Claro ejemplo de esto es el reconocimiento de los derechos políticos de los ecuatorianos residentes en el exterior. Si bien esto ya se había establecido inicial-

76 Constitución de 2008, artículo 261 #3.

mente en la Constitución de 1998⁷⁷, en la Carta Política del 2008 se amplían los derechos, ya no solamente a elegir Presidente y Vicepresidente, sino también a representantes nacionales y de la circunscripción exterior, así como a ser elegidos para cualquier cargo⁷⁸. Además, se incluye dentro de los grupos y personas de atención prioritaria a las personas en movilidad y se establece una lista de acciones que las instituciones del Estado deberán seguir para proteger a los ecuatorianos en el exterior, sin importar su condición migratoria⁷⁹.

Consecuencia del principio rector que estudiamos es la normativa relacionada a extranjeros, que como pudimos apreciar, es mucho más amplia y progresista en el texto de la Constitución de 2008, no solamente en relación a las diferentes constituciones nacionales, sino también en el ámbito regional. Es asimismo, un entendimiento mucho más amplio de ciudadanía, enfocada en la participación activa de las personas, más allá de su nacionalidad, de su condición migratoria y de las fronteras estatales.

En cuanto al derecho comparado, podemos establecer que no encontramos la proclamación de la ciudadanía universal en ninguna de las constituciones de la región que hasta el momento hemos utilizado para el análisis en este ensayo. La norma que, sin tener la misma amplitud ni significado, más se acerca al tema, es aquella establecida en la Constitución colombiana en la que se indica que las personas latinoamericanas y del Caribe domiciliadas en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren, serán reconocidos como colombianos por naturalización⁸⁰.

IV. Conclusiones

Es significativo que la proclamación de la ciudadanía universal provenga de un país que tiene la múltiple condición de emisor y receptor de migrantes,

77 Véase Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 27.

78 Véase Constitución de 2008, artículo 63.

79 *Ibidem* artículo 40.

80 Véase Constitución de Colombia, artículo 96 #9.

lugar de acogida de refugiados y de tránsito de personas. Es asimismo significativo, que se la proclame en un contexto en el que la discriminación y xenofobia produzcan resultados lamentables a nivel global. Es, sin duda, una reacción del Ecuador hacia un mundo y en una época en la que la nacionalidad y la ciudadanía son nuevamente fuentes de discriminación. Como correctamente indica un autor, es una completa aberración que la idea de ciudadanía, anclada en la noción de nacionalidad, haya pasado a funcionar como fuente de exclusión y discriminación, bien frente a los no nacionales, bien frente a los no ciudadanos⁸¹.

El Ecuador, con este texto constitucional, ha dado un paso adelante hacia la nueva concepción de ciudadanía. Con esta proclamación, el Ecuador se presenta al mundo como un Estado decidido a defender los derechos de las personas, más allá de sus nacionalidades. Ahora bien, esto implica retos y responsabilidades para el país. Al mismo tiempo que se busca que los derechos de los ecuatorianos sean reconocidos por los Estados extranjeros, también es responsable de reconocer tales derechos a los extranjeros en su territorio, lo cual lo deja en deuda de mejorar y actualizar la legislación secundaria en el tema, así como de hacer efectivas los derechos que ya ha reconocido en la Constitución de 2008.

Debemos reconocer que en el Ecuador se visibiliza un proceso de evolución positiva en el tema de la ciudadanía a favor de las personas. En muchos aspectos, la Constitución de 2008 presenta novedades y avances que sobresalen a nivel regional, entre ellos la forma tan amplia del derecho al voto para los extranjeros (pues en otras constituciones, como ya vimos, sí existe el derecho al voto a los extranjeros pero de una manera más restringida), el derecho al voto de los ecuatorianos en el exterior o la total equiparación entre nacionales sin importar si son ecuatorianos por nacimiento o por naturalización. El mismo hecho de proclamar la ciudadanía universal es un asunto sin precedentes, pero ¿podemos decir que existen los ciudadanos universales? ¿Podemos hablar de que existirán si solo Ecuador lo proclama como principio en su carta política?

81 Véase Gerardo Pisarello, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico", en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 170.

Si entendemos la ciudadanía como el vínculo con el Estado, tendríamos que hacer el siguiente análisis, si “[s]er ciudadano presupone estar inserto en un Estado, ser ciudadano cosmopolita presupone una comunidad supraestatal o el mundo entendido como una comunidad jurídica política”⁸². Por el momento, eso solamente existe como una idea todavía lejana. De hecho, la realidad nos presenta que sí existen diferencias basadas en la nacionalidad que incluso han creado diferentes “categorías” entre personas provenientes de distintos países o regiones del mundo⁸³.

Es así que podemos concluir que, en un mundo donde es más fácil liberalizar el paso de mercancías y servicios pero es más difícil para la persona cruzar una frontera, el cosmopolitismo no existe, sin embargo desde el sur, desde Ecuador, se ha tomado una decisión. Se ha concretado esta idea en un proyecto político y se la ha propuesto como principio que debe guiar de ahora en adelante, tanto las relaciones internacionales, como las políticas públicas del Estado y la interpretación de los derechos. El que un Estado decida hacer algo al respecto, es ya aportar un grano de arena hacia la realización de una idea, que por el momento, puede parecer una utopía.

Queda todavía mucho por hacer en relación a este tema, tanto en referencia a la legislación y políticas ecuatorianas (si se desea ser consecuente con la decisión que se ha tomado), como en cuanto a nivel global, es decir en relación a otros Estados. “Para que el cosmopolitismo resulte creíble debe combinarse con una crítica al globalismo éticamente deficiente encarnado por el pensamiento neoliberal y el globalismo que está siendo puesto en práctica de forma tal que minimiza el contenido ético y visionario de concebir el mundo como un todo”⁸⁴.

82 Cristina García Pascual, *Ciudadanía cosmopolita*, Internet: www.uv.es/CEFD/8/garciac.pdf, Acceso: 1 de septiembre de 2008.

83 Véase, por ejemplo, el diferente trato que existe en los aeropuertos o los diferentes requisitos impuestos en base a la nacionalidad de la persona.

84 Richard Falk, *Una revisión del cosmopolitismo*, en Joshua Cohen (compilador), *Los límites del patriotismo*, Barcelona, 1999, p. 71.

V. Bibliografía

a) Textos citados:

- Burbano Játiva, Anacélide, “Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía”, Internet:<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.159.htm>. Acceso: 4 de septiembre de 2008.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*.
- _____ Observación General No. 25, *Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*.
- Falk, Richard, “Una revisión del cosmopolitismo”, en Joshua Cohen (compilador), *Los límites del patriotismo*, Barcelona, 1999, pp. 67-75.
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 37- 72.
- _____ “De los Derechos del Ciudadano a los Derechos de la Persona” “Derechos Fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 97-124.
- García Pascual, Cristina, *Ciudadanía cosmopolita*, Internet: www.uv.es/CEFD/8/garciac.pdf, Acceso: 1 de septiembre de 2008.
- Nussbaum, Martha, “Patriotismo y cosmopolitismo”, en Cohen Joshua (Comp.), *Los límites del patriotismo*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 13-29.
- Pisarello, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp. 159-184.
- Pérez Ruales, Nicole, “El impacto de la globalización en el Derecho de los migrantes”, en Ramiro Ávila (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 273-309.
- Sader Emir (editor), *Democracia sin exclusiones ni excluidos*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- Salvioli, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos

humanos”; en Victor Bazán (Coordinador), *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Argentina, ed. Ediar, 2003, pp. 143 – 155.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (cuarta edición), Madrid, Editorial Trotta, 2002.

b) Normas citadas:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política del Ecuador, 1998.

Constitución Política del Ecuador del 2008.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Anexo Único
Tabla Comparativa*

Nacionalidad	Ecuador	Bolivia	Colombia	Perú	Venezuela
1. Proclamación Ciudadanía Universal	Sí (Art. 416 #6)	No	No	No	No
2. Equiparación ciudadanía y nacionalidad	Sí. (Art. 6)	Sí. (Art. 144)	No. La ciudadanía se ejerce a partir de los 18 años. (Art. 98)	No. Son ciudadanos los mayores de 18 años y para ejercerla se requiere inscripción electoral	(Art. 30) No. Se impone condición de edad y de nacionalidad por nacimiento, o por naturalización si es que la persona entró al país antes de los 7 años y residió en él hasta alcanzar la mayoría de edad. (Art. 39 y 40)
3. Derecho al sufragio para personas extranjeras	Reconocido para personas extranjeras con cinco años de residencia legal (Art. 63)	Reconocido solo para elecciones municipales, a ser regulado por la ley. (Art. 27 II)	Reconocido para personas extranjeras residentes, pero solo para el caso de elecciones o consultas	No	Reconocido para extranjeros mayores de 18 años, residentes por más de 10 años en el país, solo

Tabla Comparativa (continuación)

Nacionalidad	Ecuador	Bolivia	Colombia	Perú	Venezuela
4. Voto de nacionales en el extranjero	Pueden elegir Presidente (y su binomio), representantes nacionales y de circunscripción exterior (Art. 63)	Pueden elegir Presidente y Vicepresidente y en las demás señaladas por la ley. (Art. 27)	Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residen en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República. (Art. 171)	Se remite a la ley para facilitar el voto de peruanos en el extranjero (Art.187)	para elecciones parroquiales, municipales y estatales. (Art. 64)

* La comparación se hace en relación a los textos constitucionales de cada Estado. No se ha analizado ni revisado la legislación secundaria en relación a los temas planteados.

¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?

Carolina Silva Portero

Sumario

I. Introducción. II. Comprendiendo al *sumak kawsay*. 2.1. El *sumak kawsay* en la cosmovisión indígena andina. 2.2. El reconocimiento de lo Otro para un cambio paradigmático. III. El buen vivir como principio normativo en la nueva Constitución. 3.1. La Constitución del 2008 y el *buen vivir*. 3.2. ¿Los derechos del buen vivir son derechos sociales? 3.2.1. Los derechos sociales de 1998 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3.2.2. Los derechos sociales de 1998 y los derechos del *buen vivir*. 3.3. Análisis de los derechos del *buen vivir* en la Constitución del 2008. 3.3.1. Derecho al agua. 3.3.2. Derecho a la alimentación. 3.3.3. Derecho a un ambiente sano. 3.3.4. Derecho a la comunicación e información. 3.3.5. Derecho a la cultura y a la ciencia. 3.3.6. Derecho al deporte, recreación y tiempo libre. 3.3.7. Derecho al hábitat y a la vivienda. 3.3.8. Derecho a la educación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

El proceso constituyente en el Ecuador trajo consigo la promesa de un cambio sustentado en una nueva Constitución que permitiera dar paso a otra

institucionalidad estatal para construir una sociedad justa, equitativa y solidaria. Uno de los ejes en que se basó esta propuesta fue la introducción de la figura del buen vivir o *sumak kawsay*, concepción construida históricamente por los pueblos indígenas, como instrumento de transformación de un nuevo paradigma constitucional.

Sin embargo, la presencia del *sumak kawsay* en el debate constitucional, lejos de ser una noción clara para la mayoría, ha generado una serie de interpretaciones y cuestionamientos sobre sus alcances en la aplicación de las normas constitucionales: ¿qué implica que en la Constitución del 2008 se consagre que el pueblo ecuatoriano decida construir una “nueva forma de convivencia” para alcanzar el buen vivir?, ¿simple retórica o el inicio de un nuevo modelo de Estado?

Frente a esto, se ha intentado responder a las interrogantes que giran alrededor del *sumak kawsay* atribuyéndole el poder de construir un modelo alternativo de sociedad¹, o declarando que el buen vivir constituye el paradigma alternativo del nuevo siglo que recoge el reto del *ius publicismo* social progresista europeo². Sin duda, todas estas posiciones tienen en común la opción de convertir al *sumak kawsay* en el empujón de una nueva estructura social, pero ¿qué es realmente el *buen vivir* en la Constitución?

En este ensayo pretendemos interpretar qué es el buen vivir o *sumak kawsay* en la Constitución, para lo cual dividiremos al análisis en dos partes. En la primera, nos adentraremos en la comprensión del *sumak kawsay* como noción importada desde la cosmovisión indígena andina, a través del examen de su significado y su aporte en un proceso de cambio, mientras que en la segunda parte estudiaremos al buen vivir como principio normativo de la Constitución, indagando en la clasificación de los derechos y el

1 Véase Magdalena León, “El buen vivir, objetivo y camino para otro modelo”, *Revista de análisis político La Tendencia*, Quito, Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales (ILDIS), 2008, pp. 138 y 139. En este artículo la autora manifiesta que el *buen vivir* es un principio ordenador que permitirá superar el neoliberalismo e implantar un modelo económico alternativo.

2 Véase Francisco Palacios, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales, de la *daseinsvorsorge* al *sumak kawsay*”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (eds.), *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 42.

régimen del buen vivir y la comparación de estas instituciones con las constituciones andinas³.

Aspiramos a que este análisis contribuya a la construcción del *sumak kawsay* como un principio que permita una mejor protección de los derechos garantizados en la Constitución y, desde esta perspectiva, constituya un elemento integrador del proceso de reformas normativas e institucionales que empiezan a llevarse a cabo a partir de la expedición de una nueva carta política.

II. Comprendiendo al *sumak kawsay*

La presencia de principios catalogados como *indígenas* en las nuevas cartas políticas andinas está ligada a la incursión de los movimientos indígenas en el debate político de las últimas décadas. Se ha sostenido que uno de los fenómenos sociales más novedosos en los años noventa en América Latina fue la irrupción de los movimientos indígenas y su constitución como sujetos políticos en un contexto en que se consolidaron las políticas neoliberales y sus correspondientes reformas estructurales⁴.

Este suceso respondió al hecho de que la formulación del tradicional Estado-nación fracasó en su intento de construir sociedades homogéneas y, en lugar de ello, dio paso a gobiernos que utilizaron al racismo hacia lo indígena como un dispositivo del poder y generaron sociedades excluyentes, en las cuales el rasgo común es la situación de desventaja de los pueblos indígenas en relación a otros sectores de la sociedad⁵.

3 Para realizar el análisis comparado de las constituciones haremos referencia a la Constitución de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela. En el caso boliviano utilizaremos el Proyecto de Constitución aprobado en noviembre del 2007 en Bolivia, que fuera aprobado por la Asamblea Constituyente.

4 Véase Pablo Dávalos, *Movimientos indígenas en América Latina: el derecho a la palabra*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2006, p. 27. <http://biblioteca-virtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapDavalos.pdf>, Acceso: 26 septiembre 2008.

5 “(En América Latina) en los más diversos contextos geográficos es posible observar múltiples factores que confluyen en la configuración de un patrón que vincula de manera compleja a pueblos indígenas y pobreza. Este factor ha sido construido por factores políticos, económicos, sociales, militares y ambientales, que articularon experiencias cualitativas y cuantitativas de privación mate-

En este contexto emergió en diferentes países de América Latina, entre ellos Ecuador, la presencia del movimiento indígena con la incorporación de nuevos temas en las agendas políticas, lo que acarrió una serie de experiencias que han enriquecido el debate al plantear la necesidad de que la democracia reconozca la diferencia y de transformar un Estado excluyente en uno pluralista.

Entre estas experiencias podemos señalar la de los recientes procesos constituyentes en América Latina, ocurridos tanto en Bolivia como en Ecuador, los cuales tuvieron en común el reconocimiento de la plurinacionalidad y la inclusión de principios catalogados como propios de la *filosofía andina*⁶. En el caso boliviano, la participación de las grandes mayorías indígenas promovió la inserción de los denominados “principios ético- morales de la sociedad plural”, entre ellos, el *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa) o el *teko kavi* (vida buena)⁷, mientras que en Ecuador se consagró el principio del *sumak kawsay* o buen vivir.

La constitucionalización de este tipo de principios podría leerse, entonces, como un paso en la conformación de un Estado plural e incluyente que incorpora la perspectiva indígena en su proyecto político y, por lo tanto, como una respuesta al cuestionamiento que los movimientos indígenas han realizado a los principios que tradicionalmente han guiado al ejercicio del poder y a la democracia.

Ahora bien, la inclusión del principio del *buen vivir* a nivel normativo constitucional tiene implicaciones en la práctica que solo pueden ser com-

rial, jurídica y simbólica, y de reproducción de relaciones de desventaja”. Véase Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole, John Andrew McNeish, “Pueblos indígenas y pobreza. Una introducción a los enfoques multidisciplinares”, en Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole, John Andrew McNeish, *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinares*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2006, p. 17. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/crop/indige/indige.html>, Acceso: 26 septiembre 2008.

- 6 Cuando nos referimos a *filosofía andina* lo hacemos bajo el enfoque intercultural propuesto por el filósofo Josef Estermann, quien manifiesta que este enfoque subraya la importancia del diálogo entre culturas, en este caso, entre la cultura andina y la occidental, o entre los paradigmas filosóficos andino y occidental. Véase Josef Estermann, *Filosofía andina, estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998, p. 45.
- 7 Otros principios reconocidos por la Constitución boliviana son el *ama quilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), el *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). Constitución de Bolivia, artículo 8.

prendidas si primero entendemos su significado. A continuación haremos un análisis del concepto del *sumak kawsay* para luego profundizar en la trascendencia de la introducción de este principio de la cosmovisión indígena andina en el debate constitucional.

2.1. El *sumak kawsay* en la cosmovisión indígena andina

Cuando aludimos al término “cosmovisión” podemos entenderla como “la manera de ver o interpretar el mundo”⁸ o como “el conjunto de opiniones y creencias que conforman la imagen o concepto general del mundo que tiene una persona, época o cultura a partir del cual interpreta su propia naturaleza y la de todo lo existente”⁹. Por cosmovisión indígena entenderíamos, entonces, a la forma de interpretar el mundo de los pueblos indígenas. Sin embargo, ¿podemos agrupar a las creencias de los pueblos indígenas como una cosmovisión, es decir, como *una sola* forma de entender el mundo?

Indudablemente, no es posible encasillar a una noción como *indígena* bajo el supuesto de que existe una especie de homogeneidad al interior de las creencias de los pueblos indígenas. Lejos de ello, definir a los pueblos indígenas continúa siendo una cuestión problemática.

Dada su gran diversidad, tratar de incluirlos a todos bajo una misma conceptualización resulta difícil. Incluso el proceso de establecer una definición de lo que es y lo que no es indígena puede llegar a ser ofensivo para aquellos que ya están cansados de ser clasificados y definidos por foráneos¹⁰.

8 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición, Madrid, 2001, p. 455.

9 El término “cosmovisión” es una adaptación del alemán *Weltanschauung* (*Welt*, “mundo”, y *anschauen*, “observar”), una expresión introducida por el filósofo Wilhelm Dilthey en su obra *Einleitung in die Geisteswissenschaften (Introducción a las Ciencias de la Cultura)*, 1914). Una cosmovisión no es una teoría particular acerca del funcionamiento de alguna entidad particular, sino una serie de principios comunes que inspirarían teorías o modelos en todos los niveles: una idea de la estructura del mundo, que crea el marco o paradigma para las restantes ideas. Concepto consultado en Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Cosmovisi%C3%B3n>, Acceso: 28 septiembre 2008.

10 Véase Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole, Robyn, John Andrew McNeish, op. cit., p. 25.

Por este motivo, la aproximación que hagamos al *sumak kawsay* será tomando en cuenta que no existe una sola cosmovisión indígena como tal, sino varias y diferentes formas de concebir al mundo y a la realidad, dependiendo del pueblo al que se haga referencia. Nuestro acercamiento teórico está en correspondencia, más bien, con la cosmovisión de los pueblos indígenas ubicados en la región andina, de ahí que la denominemos “cosmovisión indígena andina”.

En la cosmovisión andina, el *sumak kawsay*, también conocido como *allin kawsay*¹¹, es uno de los principios más importantes de la disciplina o modo de vida andino. Las frases kichwas *sumak kawsay* y *allin kawsay* guardan relación con una misma idea que ha sido asimilada en el castellano como *buen vivir* o *vivir bien*, a pesar de que su traducción literal conlleva una cierta diferencia. *Allin kawsay* significa *espléndida existencia* puesto que *allin* quiere decir ‘magnífico’ o ‘espléndido’ y *kawsay* se traduce como ‘vida’ o ‘existencia’¹², mientras que *sumak kawsay*, en cambio, tiene una connotación estética puesto que *sumak* es un adjetivo que califica lo hermoso o lo bello y, por lo tanto, significa *hermosa vida* o *bella existencia*¹³.

Ahora bien, para comprender qué es el *sumak kawsay* empezaremos por definirlo como el encuentro del equilibrio entre los diferentes aspectos de la realidad¹⁴. Esta aserción requiere ciertas precisiones previas. En primer lugar, cuando mencionamos a la ‘realidad’, este concepto es el que más se aproxima a lo que en la cosmovisión indígena se conoce como *pacha* y se traduce como *todo lo que es*, o en otras palabras, todo lo que existe en el universo¹⁵.

11 En este ensayo usaremos la frase *allin kawsay* como sinónimo del *sumak kawsay*.

12 La vida o *kawsay* es una categoría integral y mucho más básica que las de cuerpo y alma, de ahí que, en cierto sentido, el cosmos vive y, por lo tanto, también los cuerpos celestes, los cerros, y la naturaleza, en general, también tienen alma. Véase Josef Estermann, *op. cit.*, p. 214.

13 Véase Javier Lajo, *Recuperemos el sumk kawsay -el vivir bien- El wamán, el puma y el amaru*, 2008. <http://alainet.org/active/25273&clang=es>. Acceso: 15 de septiembre 2008.

14 *Ibidem*.

15 Josef Estermann establece que el vocablo quechua *pacha* significa “universo ordenado en categorías espacio-temporales, pero no simplemente como algo físico y astronómico, siendo que el vocablo griego *kosmos* es lo que más se acerca a lo que quiere decir *pacha*, pero sin dejar de incluir el mundo de la naturaleza, al que también pertenece la persona. *Pacha*, entonces, es *lo que es*, el todo existente en el universo, la realidad. *Pacha* es una expresión que va más allá de lo visible e invisible, material e inmaterial, exterior e interior, contiene como significado tanto a la temporalidad

De esta forma, *pacha* contiene, tanto al tiempo como al espacio y es la base común de los distintos estratos de la que entendemos como *realidad*, que son, básicamente, tres: *hanaq pacha*, *kay pacha*, y *ukhu (o uray) pacha*. No se trata de “mundos” o “estratos” totalmente distintos, sino de aspectos de una misma realidad interrelacionada¹⁶.

El *sumak kawsay*, entonces, es el equilibrio que se alcanza cuando los tres *pachas* se interrelacionan. Pero, ¿cómo ocurre este interrelacionamiento de los tres ámbitos de la realidad?

La ‘relacionalidad de todo’ es un principio fundamental de la filosofía andina. Para la filosofía occidental la concepción de la persona está basada en la bipartición del ser humano entre alma y cuerpo, o su *dualidad*, mientras que la sabiduría andina considera que el ser o *runa* es un ente *relacionado* antes que una *dualidad* cuerpo-alma, al punto de que no existen vocablos propios en el kichwa para alma y cuerpo, puesto que esta división les resulta extraña¹⁷.

En la tradición occidental, la dualidad permite la configuración de la persona, de manera que el individuo autónomo es uno de los pilares de la concepción occidental de la modernidad, el eje del conocimiento y hasta un punto constitutivo del mundo¹⁸. La sabiduría andina, en cambio, parte de la relacionalidad como principio bajo el cual el individuo como tal no es ‘nada’ si no se halla en una red de múltiples relaciones:

(...) la relacionalidad del todo, la red de nexos y vínculos que es la fuerza de todo lo que existe. No ‘existe’ (en sentido muy vital) nada sin esta condición trascendental¹⁹.

Una de las consecuencias más importantes de esta concepción es que la persona o *runa* no es un ‘sujeto’ en sentido estricto, sino ante todo *relacionalidad*²⁰. Bajo este principio, es imposible encontrar el equivalente de la

como a la espacialidad. Lo que es, de una y otra manera, está en el tiempo y ocupa un lugar. Véase Josef Estermann, *op. cit.*, p. 145.

16 *Ibidem.*, p. 145.

17 *Ibidem.*, p. 214.

18 *Ibidem.*, p. 97.

19 *Ibidem.*, p. 98.

20 *Ibidem.*, p. 200.

noción de identidad propio del occidentalismo puesto que para la cosmovisión andina la persona define su 'identidad' a través de relaciones en las que ella se constituye como puente y nexo de las mismas, una persona es 'sí misma' en la medida que se relaciona con otra²¹.

El ejemplo que más nos puede acercar a esta interrelacionalidad del ser, es la relación entre el *runa* y el *ayllu*. En la medida en que la persona es puente de múltiples relaciones, su identidad no radica en sí mismo como individuo aislado, autónomo e independiente, sino en la colectividad de la cual es parte. En razón de esto, el *ayllu* como unidad que aglutina a diferentes familias es la 'célula de la vida', pues si una persona ya no pertenece al *ayllu*, porque fue expulsada o porque se ha excluido por su propio actuar, es como si ya no existiera. En la lógica indígena, una persona aislada y desrelacionada es un ente muerto²².

La relacionalidad, por lo tanto, es un principio que se manifiesta a todos los niveles y en todos los campos de la existencia. Regresando a la cuestión de los *pachas* o distintos estratos de la realidad, bajo el principio de la relacionalidad, a cada uno de éstos les corresponde un principio y una acción. Al *uku pacha* le corresponde el principio del *allin munay* que significa 'sentir bien' y que está articulado con los instintos y los sentimientos, mientras que al *hanan pacha* le atañe el principio del *allin yachay* que significa 'pensar bien' y que está en correspondencia con la razón, y finalmente, el *kay pacha* se relaciona el principio del *allin ruay* que quiere decir 'hacer bien', como se explica en el siguiente cuadro.

Estrato de la Realidad	Principio	Significado	Correspondencia	Tiempo
Ukhu Pacha	Allin Munay	Sentir bien	Sentimientos-Instintos	futuro
Kay Pacha	Allin Ruay	Hacer bien	<i>zona intermedia</i>	aquí y ahora
Hanaq Pacha	Allin Yachay	Pensar bien	Pensamientos	pasado

21 *Ibidem.*, p. 203.

22 *Ibidem.*, p. 98.

Como se puede apreciar, cada *pacha* se relaciona además con un momento en el tiempo, en razón de que la conciencia es parte del tiempo y el espacio²³, de tal modo que el presente (el aquí y el ahora) también es relación y equilibrio entre el futuro y el pasado.

El equilibrio de los tres *pachas* se convierte, entonces, en el punto intermedio entre el *sentir bien* y el *pensar bien*, que se convierte en un *actuar bien*. Estos tres elementos relacionados y en armonía configuran el *sumak kawsay*, vivir bien.

La primera diferencia fundamental con la visión occidental radica en que ésta ha puesto siempre como parámetro de lo ‘humano’ a la razón o al pensamiento, al punto de defender la tesis de que la razón es lo único que nos diferencia de los animales. En la cosmovisión indígena, en cambio, la razón y el pensamiento son tan importantes como los sentimientos y los instintos. Para actuar hay que sentir y pensar, no solamente pensar. Esto nos permite una existencia espléndida o *allin kawsay*.

El equilibrio en los tres estratos de la realidad permite un *buen vivir*, que se refleja en el amor, la paz, el trabajo y la armonía en general, pero también pueden surgir situaciones de desequilibrio como la enfermedad, la guerra o el desempleo. Cuando comprendemos el dinamismo de la realidad podemos propiciar el ‘equilibrio’ que implica saber encontrar el ‘punto medio’, según el momento y la circunstancia específica, en el complejo de fuerzas que determinan el *kawsay* o la existencia²⁴.

Consecuentemente, la realidad del ser, de acuerdo a la filosofía andina, está determinada por una conjugación de fuerzas: la razón, los sentimientos y los instintos. El *sumak kawsay* es alcanzar el equilibrio entre todas ellas para *vivir bien* o alcanzar una existencia plena.

23 Javier Lajo sostiene que los incas explicaban el milagro de la existencia y dentro de ésta, el doble milagro de la conciencia colectiva, como parte del tiempo y el espacio, es decir, que el tiempo y el espacio tienen “un adentro” y “un afuera”, en el cual el tiempo no es ‘lineal’, ni ‘lineal-plano’, ni ‘lineal-espacial’ (cíclico-circular o cíclico-helicoidal-convergente, ni nada por el estilo), podría ser mas bien una imagen, “esférica-cíclica”. Véase Javier Lajo, *op cit*.

24 *Ibidem*.

2.2. El reconocimiento de lo Otro para un cambio paradigmático

Si podemos comprender entonces cuál es la concepción del *sumak kawsay* en la cosmovisión andina, nos queda ahora examinar cuál es la dimensión del aporte de esta visión a un proceso de cambio.

El filósofo argentino Enrique Dussel desarrolla la hipótesis de que el paradigma de la Modernidad históricamente nació a partir de su encuentro con la Alteridad (lo Otro que no es Modernidad), cuando los europeos desembarcaron en 1492 en lo que luego denominaron América. Dussel afirma que si bien la Modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, realmente *nació* cuando Europa pudo confrontarse con el Otro, controlarlo y vencerlo, y a partir de eso definirse como un orden civilizatorio que no descubre a lo Otro sino que lo encubre como lo Mismo. La Modernidad, entonces, encubre a la Alteridad, desconociéndola y amparándose en el discurso de “descubrimiento”²⁵.

La importancia de la hipótesis de Dussel radica en que construye a la Modernidad incorporando a lo Otro como parte de esa misma Modernidad. Es decir, que la Modernidad se construye desde una dialéctica de la figura del Otro y su pertenencia a lo Mismo, es decir a la misma Modernidad, puesto que el poder de la Modernidad se asienta en la negación del Otro.

Dussel afirma que dentro de esta misma idea se encierra la promesa de emancipación de la Modernidad, porque al haber encubierto a la Alteridad bajo el ‘descubrimiento’ antes que el ‘reconocimiento’, lo Otro siempre está en la posibilidad de redefinirse dentro del orden civilizatorio de la Modernidad, poniendo en peligro sus prescripciones normativas y analíticas.

A juicio de Pablo Dávalos, la importancia de la hipótesis de Dussel radica en que incorpora la historia de los pueblos y naciones indígenas de América dentro de un mismo estatus de constitución epistemológica y civilizacional de la Modernidad.

La Modernidad sólo puede encontrarse y explicarse a sí misma a partir del Otro, y ese Otro radical son precisamente los pueblos y naciones que siempre habitaron el espacio de América, los pueblos nominados por un error

²⁵ Véase Pablo Dávalos, *op.cit.*, pp. 21 y 22.

del discurso y de la historia como “indios”, y por una concesión a un lenguaje “políticamente correcto” ahora denominados como “*indígenas*”²⁶.

De acuerdo con este autor, la Modernidad es un proyecto con una pretensión normativa universal que incorpora en su interior nociones culturales y referentes sociales como, por ejemplo, sustenta la construcción de una figura como el *individuo* (figura que en el campo de la economía sirve para la sustentación de la figura del *consumidor* y en el campo de la política sirve para el sustento de la figura de *ciudadano*)²⁷.

La Alteridad, en este contexto, pone en riesgo la pretensión universalizante de la Modernidad al cuestionar sus nociones básicas, como es el caso de la construcción del individuo desde la perspectiva indígena que analizamos con anterioridad. La noción occidental de *individuo* es incompatible con la concepción de *runa* en lo indígena, de ahí que se plantee que se respete la figura de sujeto comunitario, de la misma manera que en la matriz de la Modernidad se han garantizado los derechos del individuo.

Para el reconocimiento de la Alteridad en el paradigma de la Modernidad, el discurso que los pueblos indígenas conciben no es un rechazo al legado de la Modernidad sino la posibilidad de emprender un diálogo de saberes, es decir, el reconocimiento de otros modos de aprehender la realidad y, por lo tanto, otras formas de relacionamiento.

(...) cuando se establece la existencia de otros saberes en realidad se están significando otras disposiciones conceptuales dentro de un campo epistemológico asimismo distinto, y un conjunto de nuevas prácticas históricas, es decir, de otras formas de relacionamiento entre el hombre y su presente²⁸.

26 *Ibidem*, p. 22.

27 Es necesario señalar que en este ensayo entendemos a la Alteridad como *los pueblos indígenas*, de acuerdo con la tesis sostenida por Dussel sobre la Modernidad, en virtud de que este criterio nos permite explicar la dinámica de la invisibilización del pensamiento indígena. Sin embargo, no desconocemos que las categorías de Modernidad y Alteridad puedan ser usadas en otros contextos históricos en los que se aplique la misma fórmula: la imposición de un criterio civilizatorio universal sustentado en la negación de lo otro, pudiendo ser lo universal y lo otro, distinto de acuerdo a la sociedad y al tiempo en el que se los analice.

28 Véase Pablo Dávalos, *op.cit.*, p. 24.

El diálogo de saberes implica, entonces, abrirnos a la posibilidad de comprender concepciones distintas a las que se nos ha enseñado y, de esta forma, mantener o redefinir nuestras creencias.

Regresando al *sumak kawsay*, ¿cómo aporta este concepto al reconocimiento de la Alteridad en el paradigma de la Modernidad? Pues bien, como examinamos con anterioridad, el *sumak kawsay* es el buen vivir que se alcanza mediante el equilibrio entre el sentir y el pensar bien, que se traduce en un actuar bien.

Este concepto implica una idea de la realidad en su sentido más profundo y complejo, porque en ella se entretajan el tiempo, los instintos, los sentimientos y el pensamiento como fuerzas determinantes del *actuar* del ser humano, en la que no prevalece ninguna y la una es tan importante como la otra.

Los rasgos fundamentales que giran alrededor de esta noción radican en la *interrelación* de todos los elementos que conforman la realidad, la prevalencia de un nosotros antes que un yo, puesto que para la cosmovisión andina el ser es, ante todo, relacionalidad en lugar de individualidad; asimismo, la *complementariedad* de todo lo que existe para concebir a la vida o *kawsay*, ya que en la sabiduría andina no existe una ruptura entre la naturaleza y el ser humano o entre lo físico y lo espiritual, sino que se es parte de un todo que se complementa y, finalmente, el *equilibrio*, este último es quizás el punto más importante en virtud de que incorpora la noción misma del *sumak kawsay*: encontrar el punto intermedio entre las fuerzas que determinan la realidad para alcanzar una vida espléndida.

Bajo esta proyección, indudablemente, se desafían varias comprensiones de la realidad generadas hasta ahora, por ejemplo, la idea de dominación de la naturaleza. La concepción predominante del ser con su entorno ha sido de *control*, es decir, hemos aceptado la idea de que la naturaleza está al servicio del ser humano, de manera que es posible gobernarla saciando nuestras necesidades sin tomar en cuenta el daño que le provocamos, o aún peor, midiendo el daño que hacemos únicamente en función de las necesidades de generaciones futuras. Desde el *sumak kawsay*, esta noción cambia y se transforma en la idea de que atentar contra la naturaleza es hacer daño al todo del cual somos parte y, por ende, a nosotros mismos. Repensar las formas de relacionarnos con la naturaleza al mismo tiempo que cubrimos

nuestras necesidades, desde la perspectiva andina, implica no hacerle *ningún daño*.

Para finalizar el análisis de esta primera parte, sostenemos, entonces, que reconocer al *sumak kawsay* como principio ordenador debe ser entendido como un paso más en el diálogo de saberes que nos plantea la interculturalidad y, al mismo tiempo, un paso en el reconocimiento de la Alteridad como cuestionamiento al proyecto de la Modernidad.

III. El buen vivir como principio normativo en la nueva Constitución

En la primera parte de este ensayo indagamos sobre la significación indígena andina del *sumak kawsay* y examinamos la trascendencia de reconocer este principio. Ahora nos toca analizar al *buen vivir* como principio normativo en la Constitución²⁹.

Como señalamos con anterioridad, el *sumak kawsay* es un principio filosófico amplio que abarca a la realidad en sus diferentes ámbitos, en los cuales el equilibrio es sinónimo de una vida plena. Dejando en claro su significado, es preciso recalcar, en una conclusión necesaria para estudiar a este principio en términos normativos: *el sumak kawsay es un principio filosófico que tiene una significación y un contenido preciso cuyo origen es el pensamiento indígena*³⁰.

Una vez aclarado esto, ¿podemos decir entonces que un principio indígena por su sola incorporación en la Constitución se convierte en un principio normativo? Para responder a esta pregunta, regresaremos a la tesis de Dussel, quien sostiene que la Modernidad entendida como proyecto universalizante que encubre la idea de dominación al Otro, se manifiesta a través del derecho; es decir, el derecho como sistema normativo está cargado de los parámetros de la Modernidad y la negación al Otro, o lo que es igual,

29 Cuando nos referimos a “principios normativos” hacemos referencia a aquellos que nos permiten interpretar los derechos y aplicarlos. Para profundizar en el estudio de los principios de los derechos véase en esta obra: Ramiro Ávila, *Los principios de aplicación de los derechos*.

30 Esta afirmación, tan obvia para muchos, es materia de conmoción puesto que consideran que la introducción de un principio filosófico indígena como principio constitucional no es posible.

la negación de lo que no se articula en los parámetros de la Modernidad. En este sentido, todo reconocimiento del pensamiento del Otro puede constituirse en un medio para conseguir la emancipación del paradigma universalizante de la Modernidad, en la medida en que el pensamiento del Otro cuestione sus prescripciones normativas y analíticas.

Desde esta posición, consideramos que, efectivamente, un principio originado en la diversidad, en el Otro, puede convertirse en un principio normativo en la medida en que logre cuestionar las prescripciones de lo Mismo o la Modernidad.

En el presente apartado intentaremos descubrir si el pensamiento del Otro, en este caso la noción indígena del *sumak kawsay*, desafía al paradigma de la Modernidad en términos normativo-constitucionales. Para ello, nuestro estudio se basa en la siguiente hipótesis: si el *buen vivir* es un nuevo principio constitucional, cuyo origen no corresponde a las tradicionales fuentes del derecho (es decir a las prescripciones normativas de la Modernidad), esto significa que se introdujo un nuevo paradigma conceptual o *saber* para interpretar a la Constitución³¹. Si el *saber* tiene el poder de crear derecho, la introducción del *buen vivir* tiene que reflejarse en nuevas normas constitucionales que reflejen esa alteración del paradigma constitucional de 1998.

Para analizar si, efectivamente, nuestra hipótesis se cumple, dividiremos el estudio en dos partes. En la primera, haremos una introducción general del *buen vivir* en la Constitución y compararemos a la anterior clasificación de los derechos sociales con la actual del *buen vivir*, y, finalmente, analizaremos el contenido de cada uno de los derechos para verificar si existe un cambio sustancial.

3.1. La Constitución del 2008 y el buen vivir

El preámbulo de la Constitución del 2008 inicia señalando que el pueblo ecuatoriano decide construir una forma de convivencia en diversi-

31 Todo sistema normativo está justificado y sustentado en una ideología, o como lo denomina Ramiro Ávila, en un *saber*, es decir, que toda norma responde a un determinado paradigma conceptual y, por lo tanto, si cambia el paradigma, también cambian las normas. Véase Ramiro Ávila, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos” en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 16.

dad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*³².

De manera similar, este concepto se repite a lo largo del texto constitucional en diferentes secciones, así por ejemplo, al determinar cuáles son los deberes del Estado, se manifiesta la obligación de planificar el desarrollo para acceder al *buen vivir* y en el Régimen de Desarrollo, se declara lo siguiente:

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, el respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza³³.

Las referencias al *buen vivir* en las normas citadas aluden a la consecución del *buen vivir* como un fin, y lo configuran como el ejercicio de derechos y responsabilidades en el marco de la interculturalidad y la convivencia armónica con la naturaleza. En la Constitución de 1998 no existía un concepto similar que integrara estos diferentes aspectos, sino que cada uno estaba reconocido de manera dispersa.

Sin embargo, la Constitución del 2008 contiene al buen vivir principalmente en dos partes. La primera consta en la parte dogmática y hace referencia a los “Derechos del buen vivir”, mientras que la segunda se denomina “Régimen del buen vivir” y consta en la parte orgánica.

En el capítulo primero del Régimen del *buen vivir* articula al sistema nacional de inclusión y equidad social, al que lo define como el conjunto de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo³⁴. En este sistema se articula la

32 Véase Constitución del 2008, Preámbulo.

33 Véase Constitución del 2008, artículos 3(5) y 275, inciso tercero.

34 *Ibidem*, artículo 340. En esta primera parte del Régimen del *buen vivir* se establece, además de la protección a los derechos del *buen vivir*, las secciones denominadas “gestión del riesgo” “población y movilidad humana”, “seguridad humana” y “transporte”. Véase Constitución del 2008, artículos 389 y ss.

institucionalidad que protege a los derechos que constan en el *buen vivir*, excepto lo atinente al derecho al medio ambiente sano, cuya protección está excluida de este sistema y consta en el capítulo segundo del Régimen.

En el presente acápite, nos concentraremos únicamente en las secciones específicas de derechos del *buen vivir* con su correspondiente Régimen. Para lo cual, primeramente, haremos una revisión de si los anteriores derechos sociales constituyen ahora derechos del *buen vivir*.

3.2 ¿Los derechos del buen vivir son derechos sociales?

Como señalamos con anterioridad, analizaremos el texto de la Constitución bajo la premisa de que la incorporación del *buen vivir* como principio debe reflejarse en un cambio sustancial. En esta parte, lo que intentamos hacer es descubrir si cambiar el nombre del criterio de clasificación de derechos sociales a derechos del *buen vivir* responde a una lógica distinta o si son lo mismo.

En la parte dogmática de la nueva Constitución, el criterio de clasificación de los derechos del *buen vivir* está compuesto por dieciséis categorías, entre los que encontramos, (1) al agua, (2) a la alimentación, (3) a un ambiente sano, (4) a la comunicación, (5) a la información, (6) a la cultura, (7) a la ciencia, (8) al deporte, (9) a la recreación, (10) al tiempo libre, (11) a la educación, (12) al hábitat, (13) a la vivienda, (14) a la salud, (15) al trabajo y (16) a la seguridad social.

En línea con la clasificación tradicional de los derechos entre civiles y sociales, se ha afirmado que los derechos sociales son los derechos del *buen vivir* en la nueva Constitución³⁵. A continuación analizaremos si dicha premisa es cierta y si lo es, en qué medida. Para esto, en primer lugar, compararemos la anterior clasificación constitucional de los derechos sociales con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para luego contraponer la clasificación de derechos sociales de 1998 con la del *buen vivir* del 2008.

35 Véase Francisco Palacios, op. cit., p. 42.

3.2.1. Los derechos sociales de 1998 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En la Carta Política de 1998, el capítulo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales incluía once secciones³⁶, (1) de la propiedad, (2) del trabajo, (3) de la familia, (4) de la salud, (5) de la seguridad social, (6) de la cultura, (7) de la educación, (8) de la ciencia y tecnología, (9) de la comunicación, (10) de los deportes, y (11) de los grupos vulnerables. Todos estos derechos se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales. Sin embargo, no todos corresponden a una clasificación de derechos sociales³⁷.

Derechos (1998)	San Salvador (arts.)	PIDESC (arts.)
propiedad	-	-
trabajo	6, 7 y 8	6, 7 y 8
familia	15	10
salud	10	12
seguridad social	9	-
cultura	14	15
educación	13	13 y 14
ciencia	-	15
tecnología	-	15
comunicación	-	-
deportes	-	-
grupos vulnerables	16, 17 y 18	-

³⁶ Véase Constitución de 1998, capítulo IV.

³⁷ Para realizar este análisis tomaremos dos instrumentos ratificados por el Ecuador en materia de derechos sociales, uno a nivel regional, el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de DESC, “Protocolo de San Salvador”, y el otro, a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (PIDESC).

Como podemos apreciar, de los once derechos sociales reconocidos por la Constitución de 1998, solo nueve se encuentran dentro de las clasificaciones de derechos sociales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se excluyen el derecho a la propiedad, a la comunicación y al deporte. Examinemos dónde constan estos derechos.

El derecho a la propiedad se encuentra reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como derecho a la *propiedad privada*, y establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social³⁸. La Constitución de 1998, en cambio, se aleja de este concepto y proclama que la propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho fundamental³⁹. De ahí que se la incluya como un derecho económico, social y cultural.

En el caso del derecho al deporte, si bien este derecho no está recogido en ninguno de los instrumentos internacionales mencionados, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) declaró a la práctica de la educación física y al deporte como un derecho humano⁴⁰.

Finalmente, el derecho a la comunicación no consta en ninguno de los instrumentos internacionales mencionados.

3.2.2 Los derechos sociales de 1998 y los derechos del buen vivir

Habiendo analizado las normas relativas a los derechos sociales de la Constitución de 1998 desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ahora pasaremos a examinar si, efectivamente, los derechos que constan en la Constitución de 1998, como derechos sociales, son ahora derechos del *buen vivir*. Como se dijo con anterioridad, en la nueva Constitución existen dieciséis derechos del *buen vivir*. Veamos si los once derechos sociales de la anterior clasificación constan en el *buen vivir*:

38 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.

39 Constitución de 1998, artículo 30.

40 Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 21 de noviembre de 1978.

Derechos Sociales (1998)	Derechos del buen vivir (2008)
propiedad	-
trabajo	trabajo
familia	-
salud	salud
grupos vulnerables	-
seguridad social	seguridad social
cultura	cultura
educación	educación
ciencia y tecnología	ciencia
comunicación	comunicación
deportes	deportes

Como se puede apreciar, de las once categorías que integraban a los derechos sociales en la Constitución de 1998, solamente ocho integran la clasificación de la nueva Constitución. El derecho a la propiedad, a la familia y los derechos de los grupos vulnerables, constan en otras clasificaciones, como se aprecia a continuación.

Derechos Sociales (1998)	Constitución (2008)
propiedad	derechos de libertad
familia	derechos de libertad
grupos vulnerables	derechos de las personas y grupos de
atención prioritaria	

El derecho a la propiedad y a la familia, en la nueva Constitución, se encuentra en la clasificación de derechos de libertad⁴¹ y los derechos de los grupos vulnerables pasan ahora a ser derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

41 Constitución del 2008, artículos 66 (26) y 67. El derecho a la propiedad también está regulado en el artículo 1, sobre tipos de propiedad.

Sin embargo, como mencionamos con anterioridad, los derechos que integran el *buen vivir* son dieciséis. De la antigua clasificación de derechos sociales, solo están incorporados ocho, de manera que se podría suponer que los ocho restantes son nuevos: el derecho al agua, a la alimentación, a un ambiente sano, a la información, a la vivienda, al hábitat, a la recreación, al tiempo libre, entre otros.

Analicemos, a continuación, si estos derechos estaban reconocidos en la Constitución anterior.

Derechos del Buen Vivir (2008)	Constitución de 1998
agua	no existía
alimentación	no existía
ambiente sano	derechos colectivos
información	derecho a la comunicación
vivienda	derecho a la propiedad
hábitat	no existía
recreación	derecho al deporte
tiempo libre	no existía

Solamente cuatro de los ocho nuevos derechos del *buen vivir*, en relación con los derechos sociales de 1998, son nuevos: el derecho al agua, a la alimentación, al hábitat y al tiempo libre. Los demás estaban incluidos en otras clasificaciones, y en el caso del derecho a la información, estaba implícitamente reconocido como parte del derecho a la comunicación.

A manera de conclusión, podemos señalar lo siguiente. Para afirmar si los derechos del *buen vivir* son derechos sociales, primero tenemos que definir si la comparación la hacemos con los derechos sociales previstos en la Constitución de 1998, o con los derechos sociales previstos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Bajo la primera hipótesis, no todos los derechos sociales de 1998 son derechos del buen vivir, puesto que tres constan en nuevas clasificaciones: propiedad, familia y grupos de atención prioritaria. En el caso del derecho a la propiedad, de acuerdo con la clasificación internacional, no es un dere-

cho social, así que bajo el supuesto de que los derechos del buen vivir son derechos sociales, es atinado que se haya reubicado a este derecho en otra clasificación. El derecho a la protección a la familia y los derechos de los grupos de atención prioritaria, en el derecho internacional son derechos sociales, pero ahora, el primero es un derecho de libertad, y los segundos son una categoría en sí misma. Entonces, si la voluntad del legislador constituyente era convertir a los derechos sociales de 1998, en derechos del buen vivir, todos constarían en la nueva clasificación, pero como se ha visto, no es así.

Bajo la segunda premisa, si la comparación la hacemos con los derechos sociales previstos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, casi todos los derechos que integran el *buen vivir* son derechos sociales, excepto los derechos a la comunicación e información. Pero al mismo tiempo, no todos los derechos encasillados como sociales en el marco internacional, constan en el buen vivir, como es el caso del derecho a la protección a la familia.

Si todos los derechos que constan en el *buen vivir* fueran derechos sociales, ¿cómo explicar la inclusión de la comunicación y la información dentro de esta categoría? Ni bajo la primera, ni bajo la segunda hipótesis, los derechos del *buen vivir* constituyen derechos sociales totalmente. Podemos sostener que los derechos del *buen vivir* corresponden, parcialmente, al criterio de clasificación, pero no se los integra de manera completa.

La diferencia realmente radica en que, como vimos previamente, ahora los derechos del *buen vivir* constituyen el objetivo del Régimen de Desarrollo y, por lo tanto, en relación con la Constitución de 1998, se ubica a los derechos contenidos en esta clasificación en el centro de las políticas de desarrollo del Estado.

3.3. Análisis de los derechos del *buen vivir* en la Constitución del 2008

Ahora es preciso determinar en qué consiste cada uno los derechos del *buen vivir* en contraste con la Constitución de 1998. Para hacer este análisis, revisaremos lo previsto en el Régimen del *Buen Vivir*, entendiendo que, en este régimen, se institucionaliza y organiza la protección a cada uno de los dere-

chos del *buen vivir*. De igual forma, revisaremos el reconocimiento de estos derechos en otras constituciones de la región⁴².

3.3.1. Derecho al agua⁴³

En la Constitución de 1998 el agua no está reconocida como un derecho fundamental, sino que está contemplada en dos dimensiones, por un lado, como un *bien*, y por otro, como un *servicio* social.

En cuanto al agua como un bien, las normas que regulan el sistema económico, en lo respectivo a los recursos naturales, mantienen que el agua es un bien nacional de uso público inalienable e imprescriptible⁴⁴, cuya utilización y aprovechamiento corresponden al Estado⁴⁵.

En su segunda dimensión, el *servicio de agua potable* es considerado como una condición fundamental para ejercer otros derechos. En la parte dogmática se señala que la provisión de agua potable es un servicio social necesario para hacer efectivo el derecho a la vida⁴⁶ y un medio para hacer efectivo el derecho a la salud⁴⁷. Además, se regula la forma en que se sumi-

42 En este estudio hemos considerado pertinente analizar las diferencias e innovaciones en cuanto a los derechos más *nuevos* o más bien, los menos analizados y estudiados en la academia ecuatoriana. El estudio del derecho al trabajo, a la salud y a la seguridad social, si bien son parte del *buen vivir* merecen un análisis más profundo que no se agota analizándolo a la luz de una comparación corta entre la Constitución de 1998 y de 2008, de ahí que se haya omitido su examen en este ensayo.

43 En la Constitución del 2008 se menciona *derecho humano al agua*, en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual manifiesta que el derecho al agua incluye tres estándares: accesibilidad, calidad y cantidad. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 15, 2002.

44 Constitución de 1998, Art. 247.

45 Adicionalmente, la Constitución señala, de manera ambigua, que el uso y aprovechamiento del agua también puede corresponderle *a quien obtenga los derechos de acuerdo con la ley*. Constitución de 1998, artículo 247. En otra disposición constitucional también se indica que el Estado promoverá el desarrollo de juntas administradoras de agua potable, cuya propiedad y gestión pertenecerán a la comunidad o a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos. Constitución de 1998, artículo 246.

46 La Constitución de 1998, en el artículo 23, relativo a los derechos civiles, establece en el numeral 20, “el derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, *agua potable*, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios”. El subrayado es nuestro.

47 La Constitución de 1998, en el artículo 42, señala que “el Estado garantizará el derecho a la salud,

nistrará el servicio, al determinar que es responsabilidad del Estado el abastecimiento de agua potable⁴⁸, y al prohibir la paralización de este servicio⁴⁹.

La Constitución del 2008, por su parte, establece que:

El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida⁵⁰.

La primera diferencia con la Constitución de 1998, es que ahora el agua es reconocida como un derecho⁵¹. Este avance, en la práctica, supone que el acceso al agua, además de considerarse un bien o un servicio necesario para el ejercicio de otros derechos, constituye un derecho en sí mismo, es decir “se puede identificar al titular, el contenido mínimo (...), y el destinatario de las obligaciones”⁵² y, por lo tanto, en caso de existir una violación a este derecho fundamental, éste puede ser exigido judicialmente, de acuerdo al principio de *plena justiciabilidad* de todos los derechos previsto en la nueva Constitución⁵³.

El derecho al agua no consta, explícitamente, en ningún tratado internacional de derechos sociales, pero el Comité Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, declaró el derecho humano de toda persona al agua a través de sus Observaciones Generales, y estableció los parámetros que permiten distinguir cuando existe una violación a este derecho⁵⁴.

su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, *la provisión de agua potable* y saneamiento básico (...).”

48 Constitución del 2008, artículo 248.

49 Constitución de 1998, artículo 35 (10).

50 Constitución del 2008, capítulo II, sección primera, artículo 12.

51 Sin embargo, consideramos que la calificación del agua como derecho fundamental e irrenunciable es innecesaria. En primer lugar, porque este derecho al estar proclamado en la Constitución, se convierte en un derecho *fundamental*. En segundo lugar, porque se debe interpretar a todo el catálogo de derechos, y no solamente a aquellos en los que se señala estas características, a la luz del artículo 11(6), el mismo que establece que *todos* los derechos son *irrenunciables*.

52 María Helena Carbonell, “El derecho al agua y el derecho a la información”, en *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad*, ... , p. 66.

53 Véase Constitución del 2008, artículo 11(3).

54 Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 15, “El derecho al agua”*, 2002.

En la Constitución del 2008 se señala que el agua es un derecho necesario para la realización del derecho a la salud⁵⁵, y se mantiene lo dispuesto en la Constitución anterior, al indicar que el agua potable es un servicio imprescindible para asegurar el derecho a una vida digna⁵⁶.

Aclarada esta primera diferencia, ahora es necesario examinar cómo se regula el manejo del agua en la Constitución del 2008. De acuerdo a lo señalado anteriormente, podríamos conjeturar que la parte orgánica del derecho al agua se encuentra solamente en el *Régimen del Buen Vivir*, pero no es así. En el *Régimen de Desarrollo*, encontramos varias normas que señalan obligaciones y prohibiciones para el Estado.

En primer lugar, uno de los objetivos del Régimen de Desarrollo es garantizar el acceso de las personas y colectividades al agua⁵⁷, para lo cual, se prohíbe el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes⁵⁸.

En el artículo en el cual se establece que el agua es un derecho fundamental, se determina también que constituye un *patrimonio nacional estratégico*⁵⁹. En el Régimen de Desarrollo existe un capítulo relativo a los sectores estratégicos para el desarrollo, siendo uno de estos el agua⁶⁰. Se fija, de manera general, que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos y, de manera específica, se señala que el Estado será responsable de la provisión del servicio público de agua potable⁶¹, al igual que en la Constitución anterior. Sin embargo, se deja a salvo la posibilidad de que la prestación o gestión del servicio de

55 El Art. 32 de la Constitución del 2008 señala que “la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos *el derecho al agua*, (...) y otros que sustentan el buen vivir”.

56 *Ibidem*, Derechos de Libertad, artículo 66 (2).

57 Constitución del 2008, artículo 276 (4). En el capítulo tercero del Régimen de Desarrollo, referido a la Soberanía Alimentaria, existe una disposición similar que señala que es obligación del Estado promover políticas que permitan el acceso del campesinado al agua. Véase artículo 281 (4).

58 Esta disposición consta en el capítulo tercero del Régimen de Desarrollo referido a la Soberanía Alimentaria. Véase *ibidem*, artículo 281 (4).

59 Véase *ibidem*, artículo 12. Esta declaración se repite en el artículo 318.

60 Véase *ibidem*, artículo 313. Otros sectores estratégicos son la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte, entre otros.

61 Véase *ibidem*, artículo 314.

agua potable sea a través de las comunidades, exclusivamente o en alianza con el Estado⁶².

Cabe señalar que en la Constitución del 2008 existe una prohibición expresa de privatizar el agua⁶³, a diferencia de la Constitución de 1998, en la cual se señalaba, de manera ambigua, que el uso y aprovechamiento del agua también le correspondían a quien obtenga los derechos de acuerdo con la ley⁶⁴. La actual Carta Política, por el contrario, manifiesta que se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos⁶⁵.

Además, en el Régimen del, se señala que el Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, y que se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad, de agua, siendo la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

En el artículo del Régimen de Desarrollo sobre el agua como un sector estratégico, se señala que existirá una *autoridad única del agua*⁶⁶. Esta idea resurge en el Régimen del *buen vivir*, en el que se fija que la *autoridad a cargo de la gestión del agua* será responsable de su planificación, regulación, control, y coordinación con la autoridad a cargo de la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

En el caso de la legislación comparada, este derecho solamente está reconocido en la Constitución boliviana, conjuntamente con el derecho a la alimentación⁶⁷ y se reconoce también el derecho de acceso universal a servicios potables de agua⁶⁸. En el caso de Colombia, el agua es normada únicamente como un servicio público necesario para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida⁶⁹, mientras que en Venezuela su regulación está ligada

62 Véase *ibidem*, artículo 318.

63 Véase *ibidem*. Esta prohibición se repite en dos artículos, 282 y 317.

64 Constitución de 1998, artículo 247.

65 Véase Constitución del 2008, artículo 318.

66 Véase *ibidem*, artículo 318.

67 Véase Constitución de Bolivia, artículo 16.

68 Véase, *ibidem*, artículo 20.

69 Véase Constitución de Colombia, artículo 366: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

con la protección al medio ambiente⁷⁰. En Perú no existe ninguna norma que proteja al agua ni como un derecho, ni como un servicio, únicamente se hace una referencia a la prohibición de los extranjeros de adquirir fuentes de agua⁷¹.

3.3.2. Derecho a la alimentación

La Constitución de 1998 no proclamaba a la alimentación como un derecho humano. Al igual que el agua, únicamente constituía una garantía para hacer efectivo el derecho a una vida digna⁷². La Constitución del 2008 señala el derecho de las personas y colectividades a la alimentación, y enuncia los siguientes parámetros⁷³:

- El acceso seguro y permanente a los alimentos.
- Los alimentos deben ser sanos, suficientes y nutritivos.
- Los alimentos deben ser preferentemente producidos a nivel local.
- Los alimentos deben ser producidos en correspondencia con las diversas identidades y tradiciones culturales.

La adopción de estos estándares en la legislación constitucional rebasa, incluso, lo dispuesto en los tratados internacionales. En el PIDESC, por ejemplo, no se menciona el derecho a la alimentación, sino que se reconoce el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y, en virtud de ello, se determina la obligación de los Estados de mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos⁷⁴. En el

70 Véase Constitución de Venezuela, artículo 127: “Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley” (el resaltado es nuestro).

71 Véase Constitución de Perú, artículo 71: “Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido”.

72 Véase Constitución de 1998, artículo 23 (20).

73 Véase Constitución del 2008, artículo 13.

74 Véase PIDESC, artículo 11 (2).

Protocolo de San Salvador, en cambio, si se reconoce el derecho a la alimentación, entendida únicamente como el derecho de toda persona a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual⁷⁵.

Para alcanzar los estándares previstos en el artículo citado, se decreta que el Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria⁷⁶.

La *soberanía alimentaria*, en este contexto, se convierte en el mecanismo para alcanzar los objetivos propuestos en el derecho a la alimentación, de ahí que en la Constitución se establezca que la soberanía alimentaria constituye “un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente”⁷⁷.

La soberanía alimentaria en la Constitución del 2008, son un conjunto de obligaciones para el Estado alrededor de tres estrategias:

- (1) El apoyo y protección a la pequeña y mediana industria de producción de alimentos nacional⁷⁸.
- (2) La generación de sistemas justos y solidarios de producción de alimentos, de su intercambio, y de consumo⁷⁹.
- (3) La protección de la calidad en la producción de los alimentos⁸⁰.

En el Régimen del buen vivir, no existe una sección específica para hacer efectivo el derecho a la alimentación.

En el caso de las constituciones andinas, en Bolivia se reconoce el derecho a la alimentación y establece que garantizará este derecho a través de la seguridad alimentaria⁸¹, sin embargo, no se establece ningún tipo de medi-

75 Véase Protocolo de San Salvador, artículo 12.

76 Véase Constitución del 2008, artículo 13.

77 Véase *ibidem*, artículo 281.

78 Véase *ibidem*, artículo (1), (2), (5), y (14).

79 Véase *ibidem*, artículo 281 (4), (6), (10), (11) y (12).

80 Véase *ibidem*, artículo 281 (3), (7), (8), (9) y (13).

81 Véase Constitución de Bolivia, artículo 16: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población”.

das ni institucionalidad específica para proteger este derecho, únicamente se sostiene que el Estado apoyará a estudiantes de escasos recursos para que cubran sus necesidades de alimentación⁸². En Colombia, la única referencia que se hace al derecho a la alimentación es al enumerar los derechos de los niños⁸³. En Perú y en Venezuela no se reconoce este derecho.

3.3.3. Derecho a un ambiente sano

En la Constitución de 1998 el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación consta en el artículo relativo a los derechos civiles⁸⁴, y principalmente, en el capítulo sobre derechos colectivos⁸⁵ en el cual se garantiza el desarrollo sustentable y la preservación de la naturaleza. En la Constitución del 2008 también se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y se añade la frase “(que garantice) el *buen vivir, sumak kawsay*”⁸⁶, es decir, no existe diferencia en un primer momento con la Constitución del 2008.

Luego, tanto en la Constitución de 1998 como en la del 2008, en la parte dogmática se declaran de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país así como la prevención de la contaminación ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados⁸⁷.

Si bien en la Constitución de 1998 también se declara de interés público el *manejo sustentable de los recursos naturales*, en la del 2008, en el Régimen del Buen Vivir se expresa como un principio el deber de garantizar un *modelo sustentable de desarrollo*, y se define al modelo sustentable como “ambiental-

82 Véase Constitución de Bolivia, artículo 82.

83 Véase Constitución de Colombia, artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la *alimentación* equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión” (el resaltado es nuestro).

84 Véase Constitución de 1998, artículo 23 (20).

85 Véase *ibidem*, artículo 86.

86 Véase Constitución del 2008, artículo 14.

87 Véase Constitución de 1998, artículo 86 y Constitución del 2008, artículo 14.

mente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”⁸⁸.

Además, en la Constitución de 1998 se declara de interés público el manejo sustentable de los recursos naturales y el establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas. En la nueva Constitución, esto ya no consta dentro de lo encasillado como de “interés público”, pero se establece, igualmente en el Régimen del Buen Vivir, que para garantizar el derecho a un ambiente sano el Estado se *compromete* a asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas⁸⁹.

Asimismo, en la Constitución anterior se decreta la obligación del Estado de promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes⁹⁰. En la nueva Constitución, existe una disposición idéntica, a lo cual se añade, que las energías mencionadas deben ser de bajo impacto y que la soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua⁹¹.

Además, en la Constitución de 1998, existe una norma expresa, en la que se prohíbe la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos. Posteriormente, se señala que el Estado normará todo lo relativo a las sustancias que, no obstante su utilidad, sean tóxicas y peligrosas para las personas y el medio ambiente⁹².

En la Constitución del 2008, existen dos normas que regulan este tema. Una consta en la parte dogmática, y plantea lo mismo que la norma citada, pero se añade la prohibición también del *desarrollo, producción, comercialización, transporte, y almacenamiento*, de las sustancias enumeradas y *de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacio-*

88 Véase Constitución del 2008, artículo 395 (1).

89 Véase *ibidem*, artículo 397 (4). En este mismo artículo que el manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

90 Véase Constitución de 1998, artículo 89 (1).

91 Véase Constitución del 2008, artículo 15.

92 Véase Constitución de 1998, artículo 90.

nalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas.

Se eliminó la obligación del Estado de normar lo relativo a las sustancias que, no obstante su utilidad, sean tóxicas y peligrosas para las personas y el medio ambiente, sin embargo, podemos encontrar, en el Régimen del Buen Vivir, la obligación para el Estado de regular todo lo concerniente al empleo de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.

En la Constitución anterior, se recoge el principio de precaución en materia ambiental y establece que el Estado tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño⁹³. Actualmente, en el Régimen del Buen Vivir se fija:

El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, *cuando exista certidumbre de daño*. En caso de *duda* sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas⁹⁴.

En esta disposición encontramos una inconsistencia normativa, puesto que en la primera oración se establece que se tomarán medidas cuando exista certeza del daño, es decir, cuando exista evidencia o certidumbre del daño ambiental, cuando en realidad el principio de precaución se aplica cuando no existe certeza, justamente para precautelar la protección del ambiente. Esta idea si se recoge en la segunda oración de la norma.

El derecho a un ambiente sano está reconocido en los cuatro países andinos analizados. En el caso de Bolivia se sostiene que el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente⁹⁵. Al igual que en Ecuador, en Bolivia, se establecen una serie de

93 Véase Constitución de 1998, artículo 91.

94 Véase Constitución del 2008, artículo 396. El resaltado es nuestro.

95 Véase Constitución de Bolivia, artículo 33: "Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y

medidas para proteger este derecho, puesto que en la parte de Estructura y Organización Económica del Estado, existe un título específico sobre medio ambiente, recursos naturales, hidrocarburos, minería y metalurgia, recursos hídricos, energía, biodiversidad, amazonía, tierra y territorio⁹⁶, de manera similar a lo que en la Constitución ecuatoriana es el Régimen del *buen vivir*.

En Colombia por su parte se garantiza el derecho a un ambiente sano en la misma sección respecto de los derechos colectivos⁹⁷ y luego se establece el deber del Estado de planificar el aprovechamiento de los recursos⁹⁸. Existen diversas normas que establecen la atribución de ciertas autoridades para proteger los intereses del ambiente⁹⁹ así como la atribución de organismos específicos en la misma tarea¹⁰⁰.

En el caso de Perú¹⁰¹ se consagra el derecho al medio ambiente y, posteriormente, en la parte relativa a Sistema Económico, se dispone una serie de obligaciones para el Estado de proteger el ambiente y los recursos naturales, como la soberanía del Estado sobre recursos renovables y no renovables, establecer una política de cuidado del ambiente, conservar la biodiversidad, entre otras¹⁰².

En Venezuela, simplemente se declara el derecho de toda persona a un ambiente sano¹⁰³ y al igual que el resto de países establece obligaciones concretas para el Estado como: desarrollar una política de ordenación del terri-

colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”.

96 Véase *ibidem*, artículos 342 y ss.

97 Véase Constitución de Colombia, artículo 79: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

98 Véase *ibidem*, artículo 80.

99 Como es el caso del Procurador, véase Constitución de Colombia, artículo 277 (4).

100 Véase *ibidem*, artículo 289: “Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente”.

101 Véase Constitución de Perú, artículo 2(22): A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

102 Véase *ibidem*, artículos 66 y ss.

103 Véase Constitución de Venezuela, artículo 127: “Es un derecho y un deber de cada generación

torio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, entre otras, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana¹⁰⁴.

3.3.4. Derecho a la comunicación e información

En el artículo referido a derechos civiles de la Constitución de 1998 se reconoce el derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social¹⁰⁵. En la sección específica sobre el derecho a la comunicación se establece, en primer lugar, el derecho a acceder a fuentes de información¹⁰⁶. Se garantiza este derecho, especialmente a los periodistas y comunicadores sociales, a través de tres instituciones concretas:

- (1) La no existencia de la censura previa,
- (2) La cláusula de conciencia,
- (3) El secreto profesional.

La Constitución del 2008, por su parte, diferencia entre el derecho a la *comunicación* y el derecho a la *información*. En primer lugar, manifiesta que toda persona tiene derecho a la comunicación y establece los siguientes principios: libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, por cualquier medio y forma, en todos los ámbitos, en la propia lengua y con símbolos propios¹⁰⁷. Posteriormente, declara que toda persona tiene derecho a buscar, recibir, *intercambiar, producir* y difundir información veraz, *verificada*, oportuna, *contextualizada*, plural, y con responsabilidad ulterior¹⁰⁸.

proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia⁹.

104 Véase *ibidem*, artículo 128.

105 Véase Constitución de 1998, artículo 23 (10).

106 Véase *ibidem*, artículo 81.

107 Véase Constitución del 2008, artículo 16.

108 Véase *ibidem*, artículo 18.

Entonces, en la nueva Constitución se establecen los principios para garantizar el derecho a la comunicación, y además garantiza el derecho a la información con los mismos parámetros que la constitución anterior, es decir, a lo que se añade, “intercambiar y producir” información, “verificada y contextualizada”, y la “responsabilidad ulterior”. En la nueva Constitución se mantienen las tres instituciones antes mencionadas¹⁰⁹.

En la Constitución anterior se sostiene que no existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley. Actualmente, se mantiene el derecho de acceder a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. Se eliminó la reserva por razones de defensa y únicamente se señala que no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley.

Resulta ambiguo que en este artículo la Constitución actual establezca que en caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información¹¹⁰. Esta norma resulta imprecisa por dos consideraciones. En primer lugar, si la información pública es de libre acceso, qué sentido tiene poner una norma que establezca que una entidad no negará la información bajo una determinada circunstancia —la violación a un derecho humano— cuando en realidad, *nunca puede negarse a proveer la información*. Esta afirmación tan lógica nos lleva a suponer que esta norma debe aplicarse para los casos en que se *permite* negar la información —es decir, la información reservada—. Esto implicaría que cuando exista una violación a un derecho humano, aunque la información sea reservada, no podrá negarse el acceso. Lastimosamente, la norma constitucional no es explícita para señalar si efectivamente se trata de una excepción a la información reservada. Nosotros creemos que en atención al principio *pro persona* esta última sería la interpretación correcta.

Respecto de los medios de comunicación, la Constitución de 1998, señala la obligación de los medios de participar en la promoción de la cul-

109 Véase *ibidem*, artículos 18 (1) y 20.

110 Véase *ibidem*, artículo 18(2) y Constitución de 1998, artículo 81.

tura y los valores éticos. Esta disposición fue sustituida en la nueva Carta Magna, la misma que determina que se regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales y la difusión de la producción nacional¹¹¹. Se mantiene la prohibición de emisión de la publicidad que induzca o atente contra los derechos humanos¹¹².

Finalmente, respecto de la concesión a frecuencias de radio y televisión, en 1998 se mantiene el derecho de acceder a las mismas en igualdad de condiciones¹¹³, y luego se sostiene que será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios, prohibiendo la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de comunicación social¹¹⁴. En el 2008, en cambio, se regula lo mismo, pero además, se garantiza el acceso a *bandas libres para la explotación de redes inalámbricas*, y principalmente se acentúa en fomentar la comunicación *plural y diversa*, para lo cual, el uso de las frecuencias será para la gestión de estaciones de radio y televisión *públicas, privadas y comunitarias*, los métodos de asignación de las frecuencias deben ser *transparentes*, se establece el *acceso universal* a las tecnologías de información y comunicación y se prohíbe el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias¹¹⁵.

Tanto en la Constitución de 1998 como en la del 2008, se garantiza el acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad¹¹⁶.

En el Régimen del Buen Vivir sobre el sistema de comunicación social, se afirma prácticamente lo mismo de la parte dogmática, “asegurar el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana”. Además, se señala que el sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público,

111 Véase Constitución de 1998, artículo 81 y Constitución del 2008, artículo 19.

112 Véase Constitución de 1998, art. 81 y Constitución del 2008, art. 19.

113 Véase Constitución de 1998, artículos 23 (10) y 247.

114 Véase *ibidem*, artículo 247.

115 Véase Constitución del 2008, artículos 16 y 17.

116 Véase Constitución de 1998, artículo 53 y Constitución del 2008, artículo 16 (4).

las políticas y la normativa, los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado tiene la obligación de formular la política pública de comunicación¹¹⁷.

El derecho a la comunicación y a la información están reconocidos en las constituciones políticas de Bolivia¹¹⁸, Colombia¹¹⁹, Perú¹²⁰ y Venezuela¹²¹. En la mayoría de Constituciones se garantizan estos derechos en el marco del reconocimiento a la libertad de expresión.

En el caso boliviano, la constitución hace una división específica en la sección de derechos para todo lo relativo a “comunicación social”, en la cual se establece que la obligación de los medios de comunicación de contribuir a la promoción de los valores de las diferentes culturas¹²².

3.3.5. Derecho a la cultura y a la ciencia

En la Constitución de 1998 se declara que la cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. Sostiene que el Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica, pero no se reconoce explícitamente el derecho a la ciencia pese a que se lo enuncia.

Por su parte, en la nueva Constitución, el derecho a la cultura está integrado por los siguientes parámetros:

117 Véase Constitución del 2008, artículo 384.

118 Véase Constitución de Bolivia, artículo 109: El Estado garantizará el derecho a la comunicación y el derecho a la información en todo el país.

119 Véase Constitución de Colombia, artículo 20: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

120 Véase Constitución de Perú, artículo 2(4): “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

121 Véase Constitución de Venezuela, artículos 57 y 58: “Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura ... Toda persona tiene derecho a la información...”.

122 Véase Constitución de Bolivia, artículo 108.

- (1) Construir y mantener la identidad cultural.
- (2) Decidir sobre su pertenencia a una o más culturas.
- (3) Expresar y difundir sus elecciones y expresiones culturales.
- (4) Reconocer la libertad estética.
- (5) Conocer la memoria histórica.
- (6) Acceder a expresiones culturales.
- (7) Desarrollar la capacidad creativa.
- (8) Beneficiarse de sus producciones literarias, científicas o artísticas.

Además se garantiza el acceso, participación y difusión en espacios públicos como medio de gestión de este derecho.

En el Régimen del Buen Vivir, se instaura el Sistema Nacional de Cultura integrado por instituciones, colectivos y sociedad civil. El estado, en este contexto, tiene la obligación de establecer la política pública¹²³.

En el Régimen también se señala qué elementos integran el patrimonio cultural tangible e intangible¹²⁴ y se señalan ocho responsabilidades del estado para hacer efectivo el derecho a la cultura, entre otros, el deber de “asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente”¹²⁵.

En las constituciones andinas, el derecho a la cultura y a la ciencia están reconocidas en los cuatro países analizados. En el caso de Bolivia, se garantiza el derecho a la diversidad cultural como sustento de la plurinacionalidad y establece que la interculturalidad es un instrumento para la convivencia armónica entre los pueblos¹²⁶. En Perú¹²⁷, Colombia¹²⁸ y Venezuela¹²⁹

123 Véase Constitución del 2008, artículos 377 y 378.

124 Véase *ibidem*, artículo 379.

125 Véase *ibidem*, artículo 380.

126 Constitución de Bolivia, artículos 99 y 104.

127 Véase Constitución de Perú, artículo 2(8).

128 Véase Constitución de Colombia, artículo 70: El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. ... El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.

129 Véase Constitución de Venezuela, artículos 98 y 110.

también se reconoce el derecho de toda persona a la cultura y a la ciencia.

3.3.6. Derecho al deporte, recreación y tiempo libre

En la Constitución de 1998, se reconoce el derecho al deporte y a la recreación como parte de la formación integral de las personas, mientras que en la del 2008, además de estos derechos, se consagra también el derecho al *tiempo libre*¹³⁰.

En cuanto al derecho al deporte, en la Constitución anterior se señalaba que el Estado proveería de recursos e infraestructura para hacer efectivo este derecho y que se auspiciaría la participación en competencias y la participación de las personas con discapacidad. En el actual *Régimen del Buen Vivir*, se establece, además, que el estado impulsará el acceso masivo al deporte y a las actividades deportivas a nivel formativo, barrial y parroquial. Se reconoce la autonomía de las organizaciones deportivas y de la administración de los escenarios e instalaciones destinadas a la práctica del deporte¹³¹.

En el actual *Régimen del Buen Vivir*, para garantizar el derecho al tiempo libre, se prevé la ampliación de las condiciones físicas, sociales y ambientales para su disfrute, y la promoción de actividades para el esparcimiento, descanso y desarrollo de la personalidad¹³².

En las Constituciones de Colombia, Perú y Venezuela se declaran estos tres derechos¹³³ mientras que en Bolivia no se reconoce el derecho al tiempo libre¹³⁴. En el caso de Venezuela el tiempo libre es una garantía dentro de las normas laborales.

130 Véase Constitución de 1998, artículo 82 y Constitución del 2008, artículo 24.

131 Véase Constitución de 1998, artículo 82 y Constitución del 2008, artículo 381.

132 Véase Constitución del 2008, artículo 383.

133 Véase Constitución de Colombia, artículo 52, Perú, artículos 195(8) y 2(22), y Venezuela, artículos 90 y 111

134 Véase Constitución de Bolivia, artículo 107.

3.3.7. Derecho al hábitat y a la vivienda

En la Constitución de 1998 no se reconocía expresamente el derecho a la vivienda, solo se mencionaba en la regulación sobre el derecho a la propiedad, que para hacer efectivo el derecho a la vivienda y la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro¹³⁵, y que el estado estimulará programas de vivienda de interés social.

En la nueva Constitución se reconoce el derecho a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna. El hábitat se reconoce como las condiciones físicas y biológicas del entorno, en los que la vida humana sea posible para la persona y aun para la comunidad cultural a la que pertenece, y, además, se garantiza el derecho a la ciudad, entendida como el disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, entre otros¹³⁶.

En el *Régimen del Buen Vivir*, para hacer efectivo el derecho al hábitat y a una vivienda digna, se establecen medidas concretas como, desarrollar planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, generar información necesaria para el diseño de estrategias y programas que comprendan las relaciones entre vivienda, servicios, espacio y transporte públicos, equipamiento y gestión del suelo urbano, entre otras¹³⁷.

En el caso de Perú, no se reconoce el derecho a la vivienda ni al hábitat, mientras que en Colombia y Venezuela, sí se reconocen ambos derechos¹³⁸. En Colombia se especifica que el estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. En Venezuela, además se reconoce el derecho al hábitat de los indígenas¹³⁹. En la Constitución boliviana se reconoce el derecho al hábitat y a la

135 Véase Constitución de 1998, artículo 32. Esta posibilidad se mantiene en la Constitución del 2008, véase, artículo 376.

136 Véase Constitución del 2008, artículo 31.

137 Véase *ibidem*, artículo 375.

138 Véase Constitución de Colombia, artículo 51, y Venezuela, artículo 82.

139 Véase Constitución de Venezuela, artículo 119.

vivienda conjuntamente y se menciona que toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria¹⁴⁰.

3.3.8. Derecho a la educación

En la Constitución de 1998 el derecho a la educación consta como requisito para el desarrollo para lo cual se consagra la educación pública, se habla de un sistema nacional de educación, se garantiza un presupuesto determinado de los ingresos corrientes del gobierno central y la aportación privada para ejercer este derecho, y se establecen normas que protegen la carrera docente y la política salarial de los educadores. De manera paralela se establece la existencia del Consejo Nacional de Educación Superior, las funciones principales de las universidades y la igualdad en la oportunidad de acceso a la educación superior¹⁴¹.

En la Constitución del 2008, no encontramos diferencias sustanciales en la normativa constitucional, básicamente se renocen los mismos principios que deben guiar el ejercicio de este derecho a lo que se suman prescripciones que acentúan la obligación de Estado de hacer efectivo este derecho y no permitir que se convierta en un *privilegio*. De ahí que se mantenga que la educación responderá al interés público y no estará al sevirico de intereses individuales o corporativos, y se prescribe que la educación es un servicio público, y que las instituciones de educación superior no tendrán fines de lucro. Asimismo se consagra el Sistema Nacional de Educación, en el cual el Estado a través de una “autoridad educativa nacional” regulará el sistema nacional de educación¹⁴².

Podemos señalar como un avance en el tema de educación en relación con la Constitución anterior, la adscripción del sistema de educación superior al sistema nacional de educación y su sometimiento a estándares de calidad y control.

En el marco constitucional andino tanto la Constitución de Bolivia, como la de Colombia, Perú y Venezuela¹⁴³ reconocen este derecho, con

140 Véase Constitución de Bolivia, artículo 119.

141 Véase Constitución de 1998, artículos 66 al 79.

142 Véase Constitución del 2008, artículos 26 al 29, y 343 al 366.

143 Véase Constitución de Bolivia, artículo 77, Colombia, artículo 67, Perú, artículo 13, y Venezuela, artículo 102.

ciertas diferencias, principalmente en lo que se refiere al reconocimiento de la interculturalidad y de como la educación permite hacer efectiva a la pluralidad dentro del Estado. Este reconocimiento ampliamente expresado en la Constitución ecuatoriana del 2008 solamente la tiene la constitución de Bolivia.

IV. Conclusiones

Al empezar este estudio nos propusimos intentar explicar por qué el *buen vivir* constituye un criterio de clasificación para clasificar a los derechos, desde lo que es el *sumak kawsay* en la cosmovisión indígena hasta lo que articula el *buen vivir* en la Constitución del 2008.

Empezaremos, primero, por establecer la siguiente afirmación: la inclusión del principio del *sumak kawsay* es una experiencia que puede enriquecer el debate al plantear la necesidad de que la democracia reconozca la diferencia y, por lo tanto, contribuir a convertir a la sociedad ecuatoriana en una sociedad plural, en virtud de que al ser dicho concepto traído de la cosmovisión indígena, éste nos plantea la urgencia de reformular nuestra concepción de la realidad de una forma distinta.

Sin embargo, si bien la inclusión de este principio es un paso adelante en la articulación del diálogo intercultural entre lo indígena y el pensamiento tradicional, el diálogo no se agota con este principio ni constituye la única forma de reivindicar la interculturalidad.

El concepto de *buen vivir* en la Constitución está transversalmente en el texto y debe ser leído conjuntamente con otros cambios constitucionales, como es el reconocimiento de la plurinacionalidad, el marcado reconocimiento de la interculturalidad, entre otros. Esto, para no correr el riesgo de caer en la reducción del *buen vivir* a criterio de clasificación de los derechos, porque de acuerdo a su contenido filosófico, trastoca todos los ámbitos, no solamente lo social o lo político.

En cuanto al *buen vivir* como criterio para clasificar a lo que anteriormente eran los *derechos sociales*, resulta claro, que la clasificación del 2008 va mucho más allá, porque se reconocieron nuevos derechos, como el agua y la alimentación.

El desarrollo del contenido de los derechos es mucho más amplio, si sumamos lo dispuesto no solo en la parte dogmática, sino también en la parte orgánica de la nueva Constitución. No obstante, este desarrollo encuentra también sus falencias. Por ejemplo, se entiende que en el Régimen del Buen Vivir, se encuentra el conjunto de políticas y los sistemas que harán efectivos los derechos previstos en la parte dogmática. Sin embargo, esto no es precisamente lo que contiene la nueva carta política. Por ejemplo, en el caso del derecho a la alimentación, en el Régimen del Buen Vivir, únicamente se señalan directrices para las políticas, a diferencia de otros derechos, como la educación, en los que señala un amplio sistema para hacer efectivo este derecho. Nos preguntamos, entonces, si la Asamblea Constituyente, al intentar diluir la jerarquía de los derechos, terminó dándole un desarrollo y, por lo tanto, una protección más efectiva, a unos que a otros.

De igual forma, en cuanto al desarrollo del contenido, a veces nos encontramos con desarrollos ilusorios antes que prácticos. Por ejemplo, en el caso del derecho a la comunicación, mientras que en la Constitución de 1998 este derecho sí estaba reconocido, en la nueva Constitución únicamente se agregan ciertos principios: libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, por cualquier medio y forma, en todos los ámbitos, en la propia lengua y con símbolos propios¹⁴⁴.

Habiendo analizado esto, es preciso recalcar que el *buen vivir* como principio filosófico comporta una idea de equilibrio, ahora bien, al analizarlo como un nuevo principio constitucional, afirmamos que su origen no corresponde a las tradicionales fuentes del derecho sino que se introdujo un nuevo paradigma conceptual o *saber* para interpretar a la Constitución¹⁴⁵ y que si el saber tiene el poder de crear derecho, la introducción del *buen vivir* tiene que reflejarse en nuevas normas constitucionales que reflejen esa alteración del paradigma constitucional de 1998. Una vez que analizamos la mayoría de derechos del buen vivir hemos observado principalmente la

144 Véase Constitución del 2008, artículo 16.

145 Todo sistema normativo está justificado y sustentado en una ideología, o como lo denomina Ramiro Ávila, en un saber, es decir, que toda norma responde a un determinado paradigma conceptual y, por lo tanto, si cambia el paradigma, también cambian las normas. Véase Ramiro Ávila, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos” en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 16.

ampliación de las concepciones que giran alrededor de los contenidos y de los conceptos mismos de los derechos, en virtud primero de que el reconocimiento mismo del *buen vivir* como principio ya es un avance en intentar abandonar un viejo paradigma y remplazarlo por otro y, por otro lado, porque el contenido de los derechos abarca mucho más que la Constitución anterior.

Todo esto analizado a la luz de que el *buen vivir* significa, principalmente, equilibrio, nos incita a pensar que este principio puede constituir una directriz fundamental para organismos de justicia, gobernantes y activistas, y en general todas las personas, para interpretar el contenido normativo de un derecho en el sentido de crear las condiciones para que el *sumak kawsay* sea posible, es decir, para garantizar *todos* los derechos de la manera más armónica posible. Es de esperar que supere los ámbitos del discurso académico y normativo y constituya un paso en la reconfiguración misma de las relaciones de poder existentes en nuestra sociedad.

V. Bibliografía

- León, Magdalena, “El buen vivir, objetivo y camino para otro modelo”, *Revista de análisis político La Tendencia*, Quito, Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales (ILDIS), 2008.
- Palacios, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales, de la *daseinsvorsorge al sumak kawsay*”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (edits.), *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Dávalos, Pablo, *Movimientos indígenas en América Latina: el derecho a la palabra*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2006.
- Cimadamore, Alberto D., Eversole, Robyn; McNeish, John Andrew, “Pueblos indígenas y pobreza. Una introducción a los enfoques multidisciplinarios”, en Cimadamore, Alberto D.; Eversole, Robyn; McNeish, John-Andrew *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinarios*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales

- (CLACSO), 2006.
- Estermann, Josef, *Filosofía andina, estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.
- Carbonell, María Helena, “El derecho al agua y el derecho a la información”, en *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la PUCE, 2007.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.
- Lajo, Javier, *Recuperemos el sumc kausay –el vivir bien– El wamán, el puma y el amaru*, 2008, <http://alainet.org/active/25273&lang=es>, Acceso: 15 de septiembre 2008.
- Ávila, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos” en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 16.
- Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de DESC, “Protocolo de San Salvador”.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (PIDESC).
- Constitución de Ecuador, 1998.
- Constitución de Ecuador, del 2008.
- Constitución de Bolivia, 2007.
- Constitución de Colombia
- Constitución de Perú
- Constitución de Venezuela
- Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Cosmovisi%C3%B3n>, Acceso: 28 septiembre 2008.

¿Reconocen los derechos del buen vivir las Constituciones andinas?

Categoría	Ecuador	Bolivia	Colombia	Perú	Venezuela
Agua	Sí (Art. 12)	Sí (Art.16)	No	No	No
Alimentación	Sí (Art.12)	Sí (Art. 16)	Sí (Art.) solo niños	No	No
Medio ambiente sano	Sí (Art. 14)	Sí (Art. 33)	Sí (Art. 79)	Sí (Art.2.22)	Sí (Art. 127)
Información	Sí (Art.16)	Sí (Art. 109)	Sí (Art. 20)	Sí (Art. 2.4)	Sí (Art. 58)
Comunicación	Sí (Art. 16)	Sí (Art. 109)	Sí (Art. 20)	Sí (Art. 2.4)	Sí (Art. 57)
Cultura	Sí (Art. 21)	Sí (Art. 99)	Sí (Art. 70)	Sí (Art. 2.8)	Sí (Art. 98)
Ciencia	Sí (Art. 25)	Sí (Art. 104)	Sí (Art. 70)	Sí (Art. 2.8)	Sí (Art. 110)
Deporte	Sí (Art. 24)	Sí (Art. 107)	Sí (Art. 52)	Sí (Art. 195.8)	Sí (Art. 111)
Recreación	Sí (Art. 24)	Sí (Art. 107)	Sí (Art. 52)	Sí (Art. 195.8)	Sí (Art. 111)
Tiempo libre	Sí (Art. 24)	No	Sí (Art. 52)	Sí (Art. 2.22)	Sí (Art. 90)
Hábitat	Sí (Art. 30)	Sí (Art. 119)	No	No	Sí (Art. 119)
Vivienda	Sí (Art. 30)	Sí (Art. 119)	Sí (Art. 51)	No	Sí (Art. 82)
Educación	Sí (Art. 26)	Sí (Art. 77)	Sí (Art. 67)	Sí (Art. 13)	Sí (Art. 102)
Trabajo	Sí (Art. 33)	Sí (Art. 46)	Sí (Art. 25)	Sí (Art. 22)	Sí (Art. 87)
Salud	Sí (Art. 32)	Sí (Art. 35)	Sí (Art. 49)	Sí (Art. 11)	Sí (Art. 86)
Seguridad Social	Sí (Art. 33)	Sí (Art. 36)	Sí (Art. 48)	Sí (Art. 10)	Sí (Art. 83)

Los nuevos horizontes de la participación

Juan Pablo Morales Viteri

I. Introducción. II. Cambio de paradigma. 2.1. Algunas novedades. 2.1.1. Organizaciones colectivas. 2.1.2. Derecho a la resistencia. 2.1.3. Acción ciudadana. III. Mecanismos de participación. 3.1. Mecanismos de la democracia representativa. 3.1.1. Derechos de participación. 3.1.2. Organizaciones políticas y representación. 3.2. Mecanismos de la democracia directa. 3.2.1. Iniciativa legislativa. 3.2.2. Consulta popular. 3.2.3. Revocatoria de mandato. 3.3. Mecanismos de la democracia comunitaria. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La nueva Constitución del Ecuador, aprobada vía referendo el 28 de septiembre del 2008, introduce la participación ciudadana como uno de los ejes transversales más importantes, y sobre el que se levanta una nueva forma de concebir el estado y la democracia.

¿Por qué se le ha dado tal trascendencia a la participación en el texto constitucional? La respuesta se encontraría en los casi diez años de crisis de la democracia ecuatoriana, largo proceso de transición en el que las demandas sociales que se fueron generando, se expresaron a través de distintos mecanismos, mayoritariamente informales y que superaron ampliamente la

institucionalidad constitucional y legal vigente. Muestra de lo anterior es la amplia participación de la ciudadanía y sectores sociales en los derrocamientos presidenciales de Bucaram, Mahuad y Gutiérrez, en lo que podemos considerar un resurgir de la conciencia democrática de la ciudadanía¹. Estos hechos desembocaron en la convocatoria a una nueva Asamblea Constituyente, modalidad comúnmente utilizada en los momentos de crisis para tratar de restituir la gobernabilidad en el Ecuador².

La presión que ejerció la ciudadanía sobre las instituciones democráticas parece haber encontrado respuesta en la regulación que la Asamblea de Montecristi moldeó en el texto constitucional, en el que la importancia de la participación salta a la vista desde el artículo 1, que establece que la soberanía radica en el pueblo y se ejerce a través de los órganos del poder público y *de las formas de participación directa*.

En este contexto, y tras la aprobación de la nueva carta política del Ecuador, conviene analizar el contenido que se le pretende dar a la participación ciudadana, los cambios, avances y retrocesos que presenta en relación con la Constitución de 1998, y el constitucionalismo andino.

Para tal efecto, haremos una aproximación teórica al concepto de participación que nos permita definir la existencia de un cambio de paradigma, revisaremos algunas innovaciones en cuanto al diseño del modelo participativo; y, los mecanismos de participación, en los que revisaremos las disposiciones alrededor de la democracia representativa, directa y comunitaria.

II. Cambio de paradigma

Hemos partido de la afirmación de que la Constitución de 2008 ha incorporado a la participación ciudadana como un eje transversal. Para demostrar esta premisa, que implica un cambio de paradigma en relación con la

1 Véase Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 85-86.

2 Véase Jorge León, La democracia real versus la democracia idealizada, Ecuador de 1978 a 2003, *La Política*, número 042 Internet: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=64504206>>. Acceso: 14 de octubre de 2008.

Constitución de 1998, realizaremos una aproximación teórica a la noción de participación.

Partamos de la aseveración, ya señalada desde la doctrina, de que solo tiene sentido hablar de participación si se la entiende ante todo como participación en el poder político³. Lo anterior se confirma si revisamos algunas definiciones del término.

Empecemos señalando aquella que nos presenta Rafael González Ballar, quien establece que la participación ciudadana es “un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en la que se desenvuelve”⁴.

Para Felipe Viveros, la participación es un derecho humano “que compete a cada individuo miembro de la comunidad como a la colectividad misma en su conjunto, y que consiste en tomar parte activa en los distintos ámbitos de la vida social, básicamente a través de los grupos, organizaciones e instituciones adecuadas, que conduzcan a un mejor desarrollo de la persona y de la comunidad en general”⁵.

Miguel González, por su parte, señala que la participación ciudadana “es el proceso mediante el cual los ciudadanos, en forma directa, o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas. Es decir, por medio de la participación ciudadana individuos, comunidades y sectores sociales organizados tienen la oportunidad de intervenir de distintas maneras en la resolución de determinados asuntos de interés colectivo”⁶.

3 Véase, Leonardo Tomasetta, *Participación y autogestión*, Buenos Aires, Amarrortu, 1972, p. 11.

4 Rafael González, (s/f), citado por Lorena Recabarren, *Participación social y ciudadanía*. Internet: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf. Acceso: 3 de octubre de 2008.

5 Felipe Viveros, *Participación: dimensiones teóricas, políticas y jurídicas*. Internet: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/34%20participacion.pdf. Acceso: 3 de octubre de 2008.

6 Miguel González, *La participación ciudadana como alternativa de gobierno*. Internet: <http://www.uasb.edu.ec/pad/h/revista14/articulos/miguel%20gonzalez.htm>. Acceso: 14 de octubre de 2008.

Los elementos comunes de estas definiciones nos conducen a entender la participación como el tomar parte en las decisiones del poder que afectan a los ciudadanos y colectivos en su esfera pública. Este “tomar parte”, puede tener varios niveles: un nivel básico que concibe a la participación como sinónimo de información y que se traduce en que las personas apoyan decisiones previamente adoptadas por los gobiernos; un nivel intermedio en el que la participación se verifica en la formulación, planificación, ejecución, seguimiento y evaluación de estrategias y políticas públicas, y en el que las personas adquieren un poder de tipo compensatorio, pues solamente pueden decidir dentro de los límites que ya se han impuesto en la sociedad; un nivel más profundo, que se verifica cuando existe un proceso que busca la transformación de las relaciones de poder, con la intención de que se produzca un incremento y redistribución de las oportunidades de los actores sociales en los procesos de toma de decisiones⁷.

Estos niveles de participación tienen relación directa con lo que César Montúfar señala como los dos ámbitos del ejercicio de la ciudadanía. El primero corresponde a la ciudadanía pasiva, es decir aquella en la cual se verifica el ejercicio básico de los derechos y obligaciones que le corresponden a las personas en relación con el estado (votar, pagar impuestos, cumplir la ley), caracterizada por esperar las decisiones de la autoridad, la ausencia de mecanismos de control y rendición de cuentas fuera de los establecidos en el sistema, la expresión democrática solo a través del voto y una influencia remota e indirecta en la acción de gobierno. El segundo corresponde a la ciudadanía activa, aquella en la que las personas adoptan un papel determinante en el cumplimiento de sus obligaciones así como en la garantía y satisfacción de sus derechos, y que se caracteriza por trascender el espacio individual y conseguir activar un potencial de colaboración, apoyo e innovación para que las autoridades y las instituciones cumplan con los objetivos que persigue la sociedad y, por tanto, cuenta con el potencial para crear nuevas y mejores prácticas en el sistema político⁸.

7 Véase, Sergio De Zubiría, “El debate sobre la democracia en las izquierdas latinoamericanas”, en Rodolfo Arango (editor), *Filosofía de la democracia*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, pp. 445 y 446.

8 Véase, César Montúfar, *Gobernabilidad y participación*, Quito, Fondo Editorial Letras, 2004, pp. 145 -146.

Lo anterior tiene repercusión sobre el modelo de democracia que adopta un estado, pues podríamos señalar que la participación de nivel básico, corresponde a una actuación pasiva de las personas que, a su vez y en conjunto, se corresponden con un modelo de democracia eminentemente representativa. Entendemos este modelo, como aquel inspirado en el paradigma liberal de la división tripartita de poderes que se controlan unos a los otros y en el que la intervención estatal se reduce a establecer las garantías de la libertad de las personas y, en contrapartida, la participación ciudadana se expresa, exclusivamente, a través del sufragio, institución que permite a la sociedad escoger aquellos representantes que actuarán en su nombre y, por tanto, adoptan las decisiones que sean socialmente convenientes en nombre de sus representados.

Al contrario, los niveles de participación intermedio y alto requieren de personas activas, lo que corresponde a un modelo de democracia participativa, en el cual las personas toman parte en las decisiones de los poderes públicos y su control, a través de la combinación de los tradicionales mecanismos de la democracia representativa con mecanismos de la democracia directa e indirecta.

Analicemos a la luz de estas categorías doctrinarias, la regulación de la participación en el texto constitucional 2008 y en el de 1998.

La carta política, elaborada en Montecristi, regula la participación fundamentalmente en dos sentidos⁹: el primero es como un principio orientador de la actuación de las entidades del sector público, y el segundo como un derecho de las personas.

La participación como principio orientador la encontramos en relación con la educación, la seguridad social, los concejos nacionales de igualdad, el ingreso a la función judicial, la administración pública, los gobiernos autónomos descentralizados, la planificación, la organización de la producción y el sistema de inclusión y equidad social¹⁰. Esto implica, por ejemplo, que todas las políticas que desarrolle el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social deben tener un eje de participación que las oriente o que al realizar-

9 También la conceptualiza como deber al referirse a la participación política y en relación al proceso educativo.

10 Constitución de 2008, artículos: 27, 34, 157, 170, 227, 238, 275, 279, 320, 326.8.

se los concursos para el ingreso de aspirantes a jueces a la función judicial no se pueda prescindir de la participación ciudadana.

Como derecho a participar lo encontramos en relación con el campo de la comunicación, el espacio público, el proceso educativo, los jóvenes, los niños, personas con discapacidad, el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables, establecimiento de programas de conservación de la biodiversidad, administración del sistema de educación intercultural, la vida cultural, debates de proyectos de ley, fiscalización de los actos del poder público, gestión pública y planificación, sistema nacional de salud, actividad que genere impactos ambientales y sistema nacional de áreas protegidas¹¹. Esto se traduce en que si el Estado realiza actividades como la explotación petrolera en áreas protegidas, cualquier persona afectada tiene el derecho de exigir se cuente con su participación en la planificación, ejecución y control de estos procesos, o, que una persona no puede ser impedida de participar en actos culturales.

Podemos establecer que el tratamiento de la participación como derecho y como principio ya existía en la Constitución de 1998¹², aunque es indudable que en el texto de 2008 el espectro se ha ampliado considerablemente. Debemos cuestionarnos entonces si el cambio en relación con la participación es cuantitativo (cantidad de espacios abiertos a la participación) o por el contrario, es cualitativo (hace referencia a la calidad de la participación ciudadana en los distintos espacios).

Para poder responder esta inquietud, es conveniente citar un artículo fundamental que incluye la Constitución de 2008 y que transcribimos a continuación:

11 *Ibidem*, artículos: 16.5, 23, 26, 39, 45, 47.7, 48.1, 48.4, 57.6, 57.8, 57.14, 66.24, 134, 204, 278, 359, 395, 408.

12 Podemos encontrar el tratamiento de la participación como derecho a, en referencia a la vida cultural (23.22), salud (43), la participación social de los niños (49), los procesos educativos (68), el uso, usufructo, administración y conservación de recursos naturales renovables (84), el medio ambiente (88), participar en el debate de proyecto de ley (149), conservación de la biodiversidad biológica (248). Como principio lo encontramos en relación con el sistema nacional de salud (45), la descentralización (225), los gobiernos seccionales autónomos (230), la economía (243) y la planificación (244).

Art. 95.- 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. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Este artículo, realmente, da un giro importante a la concepción de la participación en los textos constitucionales ecuatorianos, pues abre la puerta a una nueva forma de entender el “tomar parte” de las personas en el quehacer público. A partir de esta norma constitucional se reconoce la posibilidad de que las personas, en forma individual o colectiva, se involucren activamente en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos (lo que incluye la participación en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas), el control popular de las instituciones del Estado, la sociedad, y sus representantes y se extiende a la planificación para el desarrollo¹³.

Sin duda, podemos afirmar que la norma citada implica un salto cualitativo con la concepción del texto de 1998, en el que la participación estuvo concebida de manera muy referencial, y en el que apenas se la consideró en cuanto a la definición de políticas públicas para determinados gremios y en determinados sectores: campesinos y profesionales del agro, en lo relativo al régimen agrario para la formulación de planes de inversión; y, artistas e intelectuales para la formulación de políticas culturales¹⁴.

Desde la categorías teóricas que hemos establecido, la Constitución de 1998 no supo responder de forma fiel a la movilización ciudadana que presionó la caída de Bucaram y forzó la realización de una Asamblea Constituyente, pues limitó el ejercicio de la ciudadanía a los derechos políticos, con preponderancia de los mecanismos de la democracia representa-

13 Constitución de 2008, artículos 85, 95 y 279.

14 Constitución de 1998, artículos 266 y 63.

tiva; los mecanismos de democracia directa fueron bloqueados con trabas normativas y fácticas, tornándolos ineficientes; y, finalmente no se establecieron mecanismos distintos que abran la posibilidad de que las personas se involucren en la toma de decisiones del poder público o su control. Mantuvo así una preeminencia de la democracia representativa, con un bajo nivel de participación y ciudadanos pasivos.

Por el contrario, la Constitución de 2008 acoge un nuevo paradigma en el cual el involucramiento de las personas en las decisiones de los poderes en la esfera pública y su control, juega un papel fundamental, se lo considera para todos los niveles de gobierno y en todas las formas, se fortalecen y viabilizan los mecanismos de democracia directa, se busca la democratización de los mecanismos de la democracia representativa y se consideran los mecanismos de la democracia comunitaria. Así, el texto constitucional de Montecristi propende a contar con ciudadanos activos que, decididamente, tenga un nivel de participación intermedio y alto, a fin de cambiar el modelo de Estado y democracia con la inclusión de instrumentos participativos que complementen a la democracia representativa.

2.1. Algunas novedades

La regulación de la participación en el nuevo texto constitucional ecuatoriano tiene algunas innovaciones que merecen ser analizadas: las funciones de participación asignadas a las organizaciones colectivas, el derecho de resistencia y la acción ciudadana.

2.1.1. Organizaciones colectivas

El texto de Montecristi reconoce a las organizaciones colectivas como medios para la participación. Una primera cuestión a resolver es qué debemos entender por organizaciones colectivas. La definición constitucional es lo suficientemente extensa en su reconocimiento, pues textualmente habla de “toda forma de organización”. Así, podrían incluirse en esta concepción algunas estructuras sociales que tradicionalmente han ejercido un papel importante en la toma de decisiones y control de las instituciones del poder público, como sindicatos, movimientos sociales, organizaciones no guber-

namentales o cámaras de la producción. Abre, por supuesto, la posibilidad de que organizaciones menos estructuradas como comités barriales, organizaciones estudiantiles, grupos de artesanos o colectivos de artistas puedan tomar un papel protagónico en la vida pública. Lo importante de esta definición inclusiva es preguntarnos sobre el papel que pueden desempeñar estas organizaciones, por lo que conviene hacer un análisis de algunas atribuciones particulares que les otorga la Constitución de 2008 y que deben ser motivo de reflexión.

La primera es la de desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos en los casos permitidos por la Ley. Sin lugar a duda, las organizaciones que hemos citado como ejemplos han venido actuando como mediadores de conflictos, pensemos en el caso de los sindicatos y las cámaras de la producción en conflictos laborales, o en la definición de salarios. Es decir, que la norma constitucional, en este punto, estaría reconociendo una realidad preexistente y legitimando estos procesos sociales.

La función de formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales, y cualquier otra iniciativa que contribuya al buen vivir, también es una atribución que los colectivos ya realizan, que incluso podríamos decir que es el núcleo que las ha caracterizado. Pensemos, por ejemplo, en las demandas de los comités y organizaciones barriales de sectores marginales en búsqueda de servicios básicos. Nuevamente, la norma constitucional hace un reconocimiento de una actividad tradicionalmente realizada por las organizaciones y colectivos.

Otra función es la de demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos y privados en la prestación de servicios públicos, lo cual es concordante con los principios de aplicación de los derechos en donde se establece que los derechos se pueden ejercer, promover y exigir en forma individual o colectiva¹⁵, y la obligación del Estado, delegatarios, concesionarios, y de toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública de reparar la violación de derechos por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos¹⁶. De igual manera, es concordante esta función con la norma que regula las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales

15 Constitución de 2008, artículo 11.1.

16 *Ibidem*, artículo 11.9.

les, en las que se establece que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones que contempla la Constitución¹⁷. De esta manera, la norma constitucional ratifica una facultad ya establecida en otras disposiciones de la carta política

Señala también la Constitución de 2008 que corresponde a las organizaciones colectivas la posibilidad de actuar por delegación de la autoridad y la asunción de responsabilidad compartida por este hecho. Podemos afirmar que también existen muchas realidades que constituyen una forma de delegación de competencias de una autoridad a grupos de personas. Pensemos, por ejemplo, en el trabajo que desarrollan muchos municipios y prefecturas del país para la realización de obras necesarias para las comunidades dentro de su circunscripción territorial. En estos casos, la población asume un compromiso específico, por ejemplo, contribuir con la mano de obra, mientras la autoridad realiza los estudios y contribuye con los materiales y equipos de construcción. Estas formas de participación tienen su fundamento en las teorías del desarrollo participativo, que busca involucrar a la sociedad en la consecución del crecimiento de su comunidad, a fin de empoderar a las personas y buscar mejorar la gobernabilidad¹⁸.

Sin embargo, esta función resulta bastante amplia en la regulación constitucional pues no existe una limitación o especificación sobre qué facultades puede delegar la autoridad o qué condiciones debe reunir la organización colectiva para asumir no sólo la delegación sino para asumir la responsabilidad. En principio, parecería que toda autoridad tiene esta atribución y toda función es delegable, pues la Constitución de 2008 no contiene ninguna prohibición expresa, por el contrario, se contempla la posibilidad excepcional de que inclusive la gestión de los sectores estratégicos pueda delegarse a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria¹⁹, por señalar un ejemplo. Sin duda, esta atribución debe ser regulada de forma clara en la ley a fin de que se determinen los parámetros generales para determinar cuáles son las facultades que una autoridad puede delegar y en qué condiciones, los requisitos que debe reunir una organización colec-

17 *Ibidem*, artículo 86.

18 Véase, César Montúfar, *op. cit.*, p. 62.

19 Constitución de 2008, artículo 316.

tiva para asumir esta delegación y los alcances de la responsabilidad que compartirían con el funcionario que realiza la delegación.

En los países andinos existen distintos tratamientos para la participación de organizaciones colectivas. En Bolivia, todo el sistema de participación se canaliza por medio de lo que denomina sociedad civil organizada²⁰, y a pesar de que no existe una definición sobre qué es lo que se debe entender por este concepto, queda claro que es la forma de participar colectiva la que prima y por tanto, se le reconoce todas las facultades de participación.

Chile maneja un esquema de participación ciudadana muy restringido en su regulación a nivel constitucional. Reconoce la autonomía de lo que denomina organizaciones intermedias a través de las que se organiza y estructura la sociedad para el cumplimiento de sus fines específicos²¹, sin embargo no les asigna ninguna función especial y, por el contrario, se establece que sus atribuciones serían incompatibles con aquellas asignadas a los partidos políticos²², con lo cual su campo de acción aparece bastante limitado.

La Constitución de Colombia reconoce a las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales como mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública²³. Sin duda, esta amplia regulación es muy semejante a la propuesta en el nuevo texto constitucional ecuatoriano.

Perú mantiene un principio general de participación ciudadana en forma individual o colectiva en la vida política, económica, social y cultural del país²⁴, sin que sea posible determinar funciones específicas para las asociaciones de ciudadanos en relación con este derecho.

La Constitución de Venezuela no tiene una regulación específica de las organizaciones colectivas como medios para la participación pero parece reconocerlas exclusivamente para que realicen actividades en los niveles locales de gobierno²⁵. Cabe destacar que la norma que regula este mecanis-

20 Constitución de Bolivia, artículo 240.

21 Constitución de Chile, artículo 1.

22 *Ibidem*, artículo 23.

23 Constitución de Colombia, artículo 103.

24 Constitución de Perú, artículo 2.17.

25 Constitución de Venezuela, artículo 184.

mo de participación otorga una función muy semejante a la que la nueva carta política ecuatoriana establece, nos referimos específicamente a la posibilidad de que exista delegación de competencias a comunidades y grupos vecinales, con la diferencia de que existe una clara determinación de los niveles de gobierno que pueden delegar (Estados y Municipios), las organizaciones colectivas que pueden asumir estas responsabilidades (comunidades y grupos barriales organizados), las competencias delegables y el condicionamiento de esta delegación a la demostración de capacidades por parte del colectivo.

2.1.2. Derecho a la resistencia

El nuevo texto constitucional reconoce el derecho a la resistencia como prerrogativa en favor de los individuos y las organizaciones colectivas, contra las acciones u omisiones de poderes públicos y privados que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y para poder demandar el reconocimiento de nuevos derechos²⁶.

¿Qué debemos entender por derecho a la resistencia? Roberto Gargarella ha realizado un análisis profundo en el cual explica, a través de estudio de figuras similares históricamente reconocidas, qué es lo que se debe entender por este derecho²⁷. Así, afirma que el derecho de resistencia se asemeja al concepto medieval de resistencia a la autoridad y se distancia de otras concepciones de formas de desobediencia civil o de objeción de conciencia.

Existirían, entonces, dos visiones de resistencia, una comunitaria contra el poder y la legalidad que la sostiene y una particular contra violaciones de derechos por parte del poder. La primera se asemeja a la figura de la resistencia a la autoridad. La otra tendría sus antecedentes en la desobediencia civil o la objeción de conciencia. La primera es una acción colectiva, la otra es una acción particular. La una es violenta, la otra pacífica. En la una, el juzgamiento de legitimidad recae en el mismo pueblo. En la otra, la legitimidad la debe juzgar una autoridad.

²⁶ Constitución de 2008, artículo 98.

²⁷ Véase, Roberto Gargarella, “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal” en SELA, *Violencia y Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 295 – 320.

Gargarella sostiene que el derecho de resistencia contra las autoridades y el sistema legal ha ido desapareciendo debido a la consolidación de las democracias constitucionales que brindaron solución a los abusos de los gobernantes, lo que hizo que las funciones del derecho de resistencia clásico encontraran otros mecanismos para resolverse. Así, la función de asignar responsabilidad a una autoridad por la fuerza fue sustituida con la aparición de las elecciones y la universalización del sufragio; y, la función de sustitución del régimen constitucional con la institución de las asambleas constituyentes. Queda, sin embargo, a criterio del autor, una única función que aún en nuestros tiempos justifica la pertinencia del derecho a la resistencia como último recurso: el estado de alienación legal, es decir cuando el ordenamiento legal en sí mismo es el que se constituye en obstáculo para el ejercicio de derechos e instrumento para su vulneración.

De esta concepción teórica del derecho de resistencia, que nos parece muy acertada, se desprende que es obvio que escapa de cualquier regulación constitucional o legal, pues justamente se activaría este mecanismo a falta de otros, o por insuficiencia de aquellos que contempla el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, estamos ante una figura que no admite regulación positiva por su propia naturaleza. De otro lado, la resistencia así concebida será siempre una actividad colectiva y violenta que se autolegitima en la sociedad. Un ejemplo de lo anterior podríamos encontrarlo en los derrocamientos de los presidentes desde 1998, en los que la ciudadanía actuó en forma colectiva y con la utilización de mecanismos extra jurídicos presionó la salida de los mandatarios.

Para definir si el derecho a la resistencia que contempla el texto constitucional ecuatoriano responde a los presupuestos teóricos analizados, lo vamos a descomponer en algunos elementos, que por efectos didácticos los clasificamos en explícitos e implícitos, entendiendo por los primeros aquellos que se derivan de la simple observación del texto (legitimación activa, sujetos pasivos y objeto), y por los segundos, aquellos que son necesarios considerar para su efectiva vigencia (forma de resistir y legitimación de la resistencia). Empecemos con los elementos explícitos.

Legitimación activa: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia...”. La cita textual del artículo no deja lugar a dudas que esta prerrogativa no está reservada a los colectivos sino que cada perso-

na la puede ejercer y, por lo tanto, es una primera diferencia clara con la concepción teórica revisada.

Sujetos pasivos: “frente acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales...”. Nuevamente encontramos una diferencia sustancial con la visión doctrinaria del derecho a la resistencia, pues el texto constitucional admite que se puedan resistir no sólo las acciones u omisiones del poder público sino también de toda las personas.

Objetivo: “que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”. El objetivo de este derecho es doble, por un lado defenderse de violaciones o amenazas a derechos constitucionales y, por otro, fomentar y promover que se reconozcan nuevos derechos. Desde la teoría, el único objetivo válido es la búsqueda por derrocar un sistema jurídico que obstaculiza el ejercicio de derechos o es instrumento para su vulneración, por lo tanto estamos frente a una tercera diferencia.

Sigamos ahora con los elementos implícitos. Queda en duda la forma de resistencia, en el derecho regulado en la nueva Constitución, es decir si debe ser pacífica o violenta. Se podría pensar que esta prerrogativa deberá ejercerse conforme la situación de la violación de derechos o amenaza. Pensemos en el caso de una orden de autoridad que implique el desalojo de tierras, en el cual indudablemente podría existir una resistencia violenta de quienes consideren que se están violando sus derechos constitucionales. Por otro lado, el desconocimiento de una orden discriminatoria de una autoridad, sería, en principio pacífica, pues implicaría un no hacer, una inacción. La posibilidad de que este derecho se pueda ejercer en forma violenta lo aproxima a la concepción teórica analizada, pero la posibilidad de resistir pacíficamente lo distancia decididamente, pues la vía violenta es la única reconocida desde la doctrina.

En todo caso, más allá de la forma en que la resistencia se manifieste, no cabe duda que existe un elemento diferenciador fundamental entre el derecho de resistencia que consagra el texto constitucional de Montecristi, y el concepto analizado desde la teoría, y es el tema de la legitimación. En efecto, no consideramos que la resistencia que presenten los individuos o los colectivos por violaciones a sus derechos puedan autolegitimarse, pues esto implicaría que caigamos en una grave crisis de inseguridad jurídica por

cuanto podría llegarse a casos, absurdos en principio, como que una persona se resista a cumplir una orden de prisión legítimamente dictada por un juez competente porque se estaría violando su derecho constitucional de libertad, o que un colectivo de estudiantes decida resistir el cumplir con sus tareas por cuanto consideran que su maestro vulnera su derecho constitucional al descanso y ocio.

Es indudable que en los casos citados podría existir, por múltiples razones, una verdadera violación de un derecho constitucional que afecte a un individuo o a un colectivo, pero esta determinación la debe realizar, sin duda, la autoridad competente, que en nuestro caso no sería otro que el juez constitucional, como único autorizado para determinar si el derecho a la resistencia que se ejerce de hecho es en efecto legítimo. Esto se deriva de la idea de que el hecho de resistir necesariamente implica un conflicto entre un poder, privado o público, y las personas, quienes pueden desconocer una orden o resistirla en caso de que la violación de los derechos proceda de una acción, o pueden exigir la corrección de una inacción de estos poderes, en caso de que la violación del derecho se produzca por una omisión.

En el primer supuesto, desconocimiento o resistencia, las personas podrían sufrir la presión del poder por mecanismos coercitivos o acciones legales, y la resistencia se traducirá, necesariamente, en un conflicto jurídico que activaría las garantías constitucionales que el ordenamiento contempla, como la acción de protección. En el segundo supuesto, es decir en caso de omisión, también se activarán las garantías constitucionales como la acción por incumplimiento o la misma acción de protección.

Así, queda claro que el derecho a la resistencia que contempla la Constitución de 2008 responde a una especial y distinta forma de concebirlo. Es un derecho que ejercen las personas en forma individual o colectiva, que busca, por una parte, la protección contra amenazas o violaciones de derechos producidos por el poder público o personas privadas, y, por otra, ampliar los derechos y prerrogativas reconocidos a las personas, que puede presentarse en forma pacífica o violenta, pero que requiere de la legitimación posterior del juez constitucional.

Consideramos que esta interpretación es la única que podría hacer viable el derecho a la resistencia, sin que se ponga en riesgo todo el ordenamiento jurídico vigente y la seguridad de las relaciones entre las personas y

entre éstas y el Estado, destacando adicionalmente que no existe en la región andina un antecedente de una figura jurídica semejante.

2.1.3. Acción ciudadana

Fuera de la regulación de las garantías constitucionales, el texto de Montecristi incorpora una garantía de carácter genérico y abierto para la defensa y protección de los derechos que denomina acción ciudadana²⁸. La redacción del artículo deja abiertas algunas interrogantes sobre las cuales reflexionaremos a continuación.

La titularidad de esta acción no es clara, por cuanto la disposición señala que “la acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad”²⁹. La redacción utiliza la conjunción disyuntiva “o” para brindar dos opciones que hacen referencia a categorías distintas, pues la primera se refiere al ejercicio de la acción, y la segunda a la representación de intereses en la acción. Así, lo correcto habría sido señalar que la acción se puede ejercer de forma individual o colectiva, que parece ser la intención del texto, o que se la puede ejercer para la defensa de intereses personales o colectivos. Lo anterior, sin embargo, se resuelve nuevamente con la regla general del ejercicio de los derechos que contempla la Constitución de 2008, que establece que los derechos se pueden ejercer y exigir individual o colectivamente³⁰.

El objeto de la acción aparece bastante amplio pues se señala que procede ante la violación de un derecho o la amenaza de su afectación. La primera reflexión sobre el objeto nos conduce a pensar que esta acción permite la protección de todos los derechos, incluso de aquellos que no tengan rango constitucional. Si esto es así, ante la falta de pago del arriendo de un bien inmueble el propietario podría interponer una acción ciudadana. Esta interpretación no nos parece correcta pues de lo contrario se estaría abriendo la posibilidad de evadir la jurisdicción ordinaria para tramitar causas ordinarias. Una interpretación más acertada a nuestro criterio, es aquella

28 Constitución de 2008, artículo 99.

29 *Ibidem*.

30 Constitución de 2008, artículo 11.

que considera esta acción como específica para los derechos de participación, por cuanto su regulación aparece en el capítulo correspondiente a la participación democrática y por cuanto la violación de otros derechos constitucionales cuentan con acciones específicas (acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción por incumplimiento o acción extraordinaria de protección).

La acción ciudadana resulta muy parecida a la acción de protección. Las dos están diseñadas para proteger a las personas de violaciones de derechos constitucionales, sin embargo, la acción de protección se encuentra diseñada, exclusivamente, para la reparación de la vulneración, en tanto que la acción ciudadana, como se ha establecido, tiene el carácter de ser también preventiva. En realidad, esta diferencia no existe, pues las acciones constitucionales también pueden proteger los derechos ante eventuales amenazas, a través de las medidas cautelares que puede dictar el juez.

Cabe cuestionarse, entonces, sobre la utilidad de una garantía distinta de las acciones constitucionales. La respuesta podría encontrarse en la amplitud de la regulación sobre los derechos, pero esta posibilidad la hemos descartado en líneas anteriores. De igual manera, queda desechada la posibilidad de que sea la opción de dar respuesta a la amenaza de violación de derechos, pues las acciones constitucionales resuelven esto con las medidas preventivas. La solución podría ser el hecho de que no existe una cualificación respecto del sujeto que produce la violación o la amenaza, ni sobre la gravedad de los actos. En este sentido, si se supera la regulación de la acción de protección que cualifica de forma amplia pero determinada los hechos y condiciones de la violación de derechos, sobre todo en el caso de que ésta provenga de particulares, donde la violación debe ser grave o depende de determinadas cualidades tanto del sujeto activo como pasivo de la violación o amenaza, como por ejemplo que exista una relación de subordinación, indefensión o discriminación.

En todo caso, existe una remisión expresa a la ley para determinar la autoridad competente para resolver estas acciones, y será la legislación secundaria quien deberá dar viabilidad y resolver las dudas que hemos planteado y tratado de interpretar en estos párrafos.

Esta garantía, a nivel andino, no tiene antecedente, pero la podríamos relacionar con la Acción Popular que contempla la Constitución de

Bolivia³¹ o las acciones populares de la Constitución de Colombia³², con las que comparte algunas semejanzas, por ejemplo, en cuanto a la titularidad que procede ante actos u omisiones de poderes públicos y privados que violen o amenacen con violar derechos constitucionales. Sin embargo, la acción ciudadana ecuatoriana se diferencia de las acciones populares boliviana y colombiana, por cuanto éstas se encuentran específicamente diseñadas para el caso de derechos colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza, mientras que la acción ciudadana no tiene esta limitación. Adicionalmente, las acciones populares en Bolivia y Colombia tienen sentido debido a que la acción de amparo constitucional y de tutela, respectivamente, guardan diferencias fundamentales en cuanto a la titularidad de su ejercicio y su objeto.

III. Mecanismos de participación

El artículo 95 de la Constitución de 2008, que hemos citado anteriormente, realiza una clasificación de los mecanismos de participación a los cuales nos vamos a remitir para continuar nuestro análisis, a saber: mecanismos de la democracia representativa, de la democracia directa y de la democracia comunitaria.

3.1. Mecanismos de la democracia representativa

Los mecanismos de la democracia representativa en el texto constitucional de Montecristi se encuentran regulados en varias secciones. Empezaremos nuestro análisis con la regulación de los “derechos de participación” que equivalen a los derechos políticos que se regulan en la Constitución de 1998.

3.1.1. Derechos de participación

La denominación que adopta la nueva Constitución podría resultar confusa, debido a que, como hemos visto, en el resto del articulado se utiliza la

31 Constitución de Bolivia, artículo 138.

32 Constitución de Colombia, artículo 88.

formula “derecho a participar” vinculado a otros derechos tradicionalmente considerados “no políticos”, como por ejemplo el derecho a participar en el proceso educativo.

Sin embargo, la denominación concuerda con el análisis teórico que hemos realizado, en el que la participación toma relevancia solamente en relación con la influencia que pueden tener las personas en el poder político. Por lo tanto, todas las formas de participación reguladas como “derecho a”, que hemos citado en líneas anteriores, caben en el derecho político del segundo numeral del artículo 66, es decir, el derecho a participar en asuntos de interés público.

Este numeral tiene una relevancia suprema por cuanto el participar en asuntos de interés público es un derecho independiente y distinto a participar en procesos electorales, ocupar cargos públicos, o realizar la fiscalización de los actos del poder público, que son los derechos políticos que reconocía la carta política de 1998, y constituye el fundamento de todas las formas de participación que se garantiza a las personas en el catálogo de derechos de la nueva Constitución.

Otro avance de la carta política 2008, en este aspecto, es el establecimiento de una cualificación para el ejercicio de la función pública y el procedimiento para el acceso a la misma³³, que supera la simple mención del derecho que hacía la Constitución de 1998.

Sin duda uno de los avances más significativos que presenta la nueva Constitución es el relacionado con los derechos políticos de las personas extranjeras, a quienes expresamente se les excluyó del goce de estas prerrogativas en el texto constitucional de 1998.

La carta política 2008 tiene una norma general que establece que las personas extranjeras tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas³⁴. La norma especial establece que las personas extranjeras gozarán de los derechos de participación en lo que les fuere aplicable³⁵. ¿Cabe preguntarse qué es entonces aquello que no les es aplicable?

Si revisamos la disposición que regula el derecho al voto, podemos concluir que este derecho no es aplicable para los extranjeros que no tengan resi-

33 Constitución de 2008, artículo 61.

34 *Ibidem*, artículo 9

35 *Ibidem*, artículo 61

dencia legal en el Ecuador por lo menos cinco años³⁶. Si analizamos la norma que establece los requisitos para ser Presidente del Ecuador, encontraremos que una persona que no sea ecuatoriana por nacimiento no podría postular por esta candidatura. El artículo que señala los requisitos para ser vocal del Consejo de la Judicatura, dispone que el candidato debe ser ecuatoriano, por lo que una persona extranjera, que no haya obtenido la nacionalidad ecuatoriana no podría acceder a esta posición. Similar limitación la encontramos en el caso de que se pretenda optar por una candidatura a Juez de la Corte Nacional, Defensor Público General, Fiscal General, Contralor o Superintendente.

Salvo todas las limitaciones establecidas la carta política 2008, se podrían ejercer todos los otros derechos, que al no tener una condición expresa les serían aplicables, es decir el derecho a presentar proyectos populares normativos, participar en los asuntos de interés público, desempeñar empleos y funciones públicas, fiscalizar los actos del poder público, conformar partidos y movimientos políticos, votar en todos los procesos electorales (cumplidos los cinco años de residencia legal en el Ecuador), lo que incluye ser consultados y revocar el mandato.

Deberíamos cuestionarnos si la limitación existente para el ejercicio del derecho al voto, implica necesariamente la exclusión del derecho de ser elegidos. La respuesta obvia parecería ser positiva, pues no sería congruente que se le niegue a una persona el derecho a elegir, pero se le permita ser electa, algo que se desprende también de la redacción de este derecho de participación, que en el nuevo texto se presenta como un solo numeral: elegir y ser elegido.

Sin embargo, lo anterior no es claro por una razón fundamental y que tiene que ver con que los derechos no pueden ser interpretados de forma restrictiva y, por lo tanto, si interpretamos de forma integral la Constitución, al no existir limitación expresa para el ejercicio de derechos para personas extranjeras, éstas podrían ejercerlos sin otra restricción que las que constan en la Constitución, más aún cuando la carta política establece que el Ecuador propugna el principio de ciudadanía universal³⁷.

Abona a seguir esta línea de pensamiento, es decir el argumento de la independencia entre el derecho a elegir y ser elegido, la disposición consti-

³⁶ Constitución de 2008, artículo 63.

³⁷ *Ibidem*, artículo 416.6.

tucional que regula el derecho de las personas ecuatorianas en el extranjero, en la cual se menciona que podrán elegir presidente, vicepresidente, representantes nacionales y de la circunscripción en el exterior para el órgano legislativo, y podrán ser elegidos para cualquier cargo³⁸.

Por supuesto, como queda señalado, esta interpretación se enmarca en la línea de no restricción de derechos, factible por cuanto en el Ecuador, desde la Constitución de 1998, la categoría de la ciudadanía se ha fusionado con la de nacionalidad y, por lo tanto, no cabe señalar una diferencia clara entre una y otra, aún cuando la categoría de la ciudadanía es la que servía de elemento de distinción en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, reservados para pocos, y los derechos civiles, reconocidos a todas las personas.

De ser correcta esta interpretación, la regulación de los derechos políticos que incluye la nueva carta política del Ecuador sería la más amplia de la región andina. Bolivia liga el ejercicio de derechos políticos a la ciudadanía, restringida a personas bolivianas y permite el derecho al sufragio para los extranjeros residentes en elecciones municipales³⁹. Chile liga también el ejercicio de derechos políticos a la ciudadanía y contempla la posibilidad de reconocer el derecho al voto a extranjeros alocados en el país por más de cinco años y que sean mayores de dieciocho años⁴⁰. Colombia reserva el ejercicio de los derechos políticos a los nacionales y deja abierta la posibilidad de que por medio de la ley se concedan a los extranjeros residentes el derecho al voto en elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital⁴¹. Perú restringe absolutamente los derechos políticos para ciudadanos extranjeros, pues vincula su ejercicio a la ciudadanía sin excepción⁴². Venezuela limita el ejercicio de los derechos políticos para los venezolanos y venezolanas por nacimiento, con la excepción del derecho al voto reconocido para extranjeros que residan diez años en el país⁴³. La Constitución de Montecristi superaría incluso regulaciones como la de España, donde se reconocen los derechos políticos

38 *Ibidem*, artículo 63.

39 Constitución de Bolivia, artículo 27.

40 Constitución de Chile, artículo 14.

41 Constitución de Colombia, artículo 100.

42 Constitución de Perú, artículos 30 y 31.

43 Constitución de Venezuela, artículos 40 y 69.

solo para sus nacionales, y se abre la posibilidad de reconocer el sufragio activo y pasivo en elecciones municipales para personas extranjeras, atendiendo el criterio de reciprocidad, es decir que se reconozca este derecho para los españoles en el extranjero mediante tratados o leyes⁴⁴.

El sufragio se sigue considerando como obligatorio en la Constitución de 2008, siguiendo la línea latinoamericana⁴⁵, y se incorporan algunas novedades. Se explicita el derecho al voto de personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, derecho que venía siendo vulnerado de hecho, más no por falta de disposición normativa, pues la Constitución de 1998 establecía el sufragio como prerrogativa de todos los ecuatorianos en goce de derechos políticos, lo cual incluye necesariamente a las personas detenidas sin sentencia ejecutoriada⁴⁶.

Se amplía el universo de electores que pueden ejercer el derecho al voto de forma facultativa, incluyendo a los jóvenes entre 16 y 18 años, a los ecuatorianos en el exterior, los integrantes de las fuerzas armadas y de la policía nacional y las personas con discapacidad.

En los países del área andina, la edad para ejercer el voto se encuentra establecida en los 18 años⁴⁷, con excepción de Bolivia donde se reconoce el derecho al sufragio a partir de los 16 años de edad pero con carácter obligatorio⁴⁸.

A pesar de que esta iniciativa tiene la oposición de quienes sostienen que existe un riesgo de manipulación del nuevo electorado juvenil, es una tendencia que se va extendiendo no solo en Latinoamérica⁴⁹, sino que empieza a ser considerada en Europa⁵⁰.

44 Constitución de España, artículo 13.

45 La excepción plena la marca Colombia en la cual el voto se considera estrictamente como un derecho y no como una obligación. Chile mantiene el voto obligatorio, pero el empadronamiento es voluntario.

46 Constitución de 1998, artículo 27.

47 Esta edad se la establece en los artículos 98 de la Constitución colombiana, 64 de la venezolana, 13 de la chilena y 30 de la peruana.

48 Constitución de Bolivia, artículo 26.

49 Existen propuestas de reforma legislativa para reducir la edad de los electores en Venezuela y en Argentina. Internet: <http://www.noticias24.com/actualidad/?p=7775> y http://www.derf.com.ar/despachos.asp?cod_des=104740&ID_Secion=33. Acceso: 15 de octubre de 2008.

50 Austria en el año 2007 se convirtió en el primer país europeo en establecer la edad de 16 años para el ejercicio del voto. En países como Inglaterra ya en el año 2003 se iniciaron debates para reali-

Más allá de que la edad para el ejercicio del sufragio se esté reduciendo incluso bajo la que en muchos países se considera la mayoría de edad, lo importante es debatir sobre los efectos que dicha ampliación del voto podría acarrear. Quienes observan con pesimismo esta reforma arguyen el problema de la manipulación del voto, sobre todo si partimos de que la educación pública en el Ecuador tiene una fuerte vinculación política y gremial y que, por lo tanto, se corre el riesgo de que se politice la educación⁵¹. Quienes la apoyan, por otra parte, sostienen que tendría un efecto positivo sobre el involucramiento de los jóvenes en el quehacer político, más aún cuando a edades más cortas se los considera aptos para trabajar o tener responsabilidad penal⁵². Consideramos que para que esta reforma tenga un efecto relevante, la participación se debe traducir en representación en la toma de decisiones y se debe garantizar que no se utilicen los centros educativos para fomentar la manipulación, el clientelismo y la politiquería, cuestión que en países como Colombia ha sido rechazada a través de la jurisprudencia⁵³ y que estuvo prohibida expresamente por la Constitución de 1998⁵⁴, pero que no se encuentra regulada en la Constitución vigente.

Nos parece lógico que el voto sea facultativo para las personas con discapacidad sobre todo por las complicaciones que podría representar la

zar un cambio similar. Internet. <http://www.20minutos.es/noticia/244302/0/Austria/rebaja/edad-voto/> y <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/12/07/internacional/1070797266.html>. Acceso: 25 de septiembre de 2008.

51 Considérese el incidente del último proceso electoral en el cual dentro de un colegio de educación pública de la ciudad de Guayaquil y en actos públicos de la misma institución se realizó proselitismo político en favor del actual régimen, encabezados por la más alta autoridad de la institución de acuerdo a notas de prensa, lo cual justifica posiciones como la de Luis Verdesoto que señala esta norma como manipulación partidista. Véase Verdesoto, Luis, "El régimen político en el proyecto de constitución" en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, Quito, ILDIS, 2008, p. 179.

52 Grupos juveniles de izquierda son quienes han apoyado esta propuesta, sobre la base de disposiciones normativas como las del Código de la Niñez y Adolescencia que considera imputables a los jóvenes desde los 14 años y como edad mínima para trabajar los 15 años. Internet. <http://www.voltairenet.org/article157007.html>. Acceso: 20 de octubre de 2008.

53 Véase la sentencia C-224-04 de la Corte Constitucional colombiana, en la que declaró inexecutable la ley que para fomentar el voto establecía algunos estímulos que indirectamente constituían actos de proselitismo político.

54 Constitución de 1998, artículo 67.

movilidad en los eventos electorales, además de la falta de facilidades adecuadas relacionadas con la infraestructura y el acceso a los centros de recepción del voto. Sin embargo, tratándose del ejercicio de un derecho, esta norma parece optar por una solución que podría vulnerar el derecho al voto de las personas con discapacidad, si no se acompaña del cumplimiento del deber de los Estados de eliminar los obstáculos estructurales que impidan el ejercicio de este derecho, que como lo señala Tara Melish, “a menudo constituyen la barrera más grande para proteger eficazmente los derechos humanos”⁵⁵. En Colombia, por ejemplo, donde el voto es facultativo, la Corte Constitucional dictó una sentencia para garantizar el ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad, y ordenó al órgano electoral competente elaborar papeletas electorales en sistema braille para las personas invidentes⁵⁶.

Uno de los cambios introducidos por la Constitución de 2008 y que resultan de los más polémicos es la inclusión del sufragio facultativo para los miembros de la fuerza pública. Para Luis Verdesoto, la intención detrás de esta modificación es buscar nuevos nichos para el clientelismo político, además de constituir una ruptura del acuerdo institucional de neutralidad de la fuerza pública, lo que resultaría muy riesgoso⁵⁷. Lo anterior tiene fundamento en el correlato del sufragio que es la representación, que por supuesto se encuentra limitada, pues el texto establece que las personas de las fuerzas policial y militar en servicio activo, se encuentran inhabilitadas para ser candidatos⁵⁸. Sin embargo, un aspecto positivo de esta reforma es que reconoce que quienes forman parte de la fuerza pública, no viven en un Estado paralelo al nacional, sino que lo integran y que, por tanto, se ven afectados por las decisiones que adoptan los poderes políticos, lo que justifica que se les permita participar de este derecho.

55 Tara Melish, “*La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*”, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003, p. 184.

56 Véase sentencia T-487-03 Corte Constitucional de Colombia.

57 Véase Verdesoto, Luis, “El régimen político en el proyecto de constitución” en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, Quito, ILDIS, 2008, p. 179.

58 Constitución de 2008, artículo 113.8

En la región andina, este derecho se encuentra reconocido en las constituciones de Bolivia⁵⁹ y Venezuela⁶⁰, y restringido en las constituciones colombiana⁶¹ y peruana⁶². Chile es un caso especial, pues establece que las fuerzas armadas son no deliberantes, pero no establece una prohibición expresa al respecto⁶³.

3.1.2. Organizaciones políticas y representación

La organización política también tiene cambios que deben ser objeto de análisis. El texto de Montecristi establece la existencia de partidos y movimientos políticos, algo que señalaba ya la Constitución de 1998 con una regulación imprecisa, pues a pesar de que el título IV del capítulo III se refería a los partidos y movimientos políticos, la única norma que mencionaba a estos últimos es la que disponía la pérdida del registro electoral⁶⁴.

La Constitución de 2008 establece una distinción clara entre lo que se debe considerar partido y lo que se entiende como movimiento político. Los criterios para su división son básicamente tres, el primero tiene que ver con la dimensión, pues el partido deberá tener una dimensión nacional, mientras que los movimientos pueden tener dimensiones en todos los niveles de gobierno, incluyendo las circunscripciones en el exterior. El segundo tiene que ver con las asignaciones presupuestarias, mismas que corresponden solo a los partidos y no a los movimientos. Tercero, la organización de un partido debe ser a nivel nacional, y abarcar por lo menos el 50 por ciento de las provincias, que incluyan a dos de las tres de mayor población por lo menos, mientras que la regulación sobre la organización de los movimientos se la remite a la ley⁶⁵.

Salvo lo anterior, las obligaciones que corresponden a partidos y movimientos son muy similares, pues los dos son considerados organizaciones

59 Constitución de Bolivia, artículo 244.

60 Constitución de Venezuela, artículo 330.

61 Constitución de Colombia, artículo 209.

62 Constitución de Perú, artículo 31.

63 Constitución de Chile, artículo 90.

64 Constitución de 1998, artículo 115.

65 Constitución de 2008, artículos 109, 110.

públicas no estatales, que requieren contar con una estructura democrática, seleccionar sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o primarias, contar con una declaración de principios, programas de gobierno y mantener un registro de afiliados que no puede ser inferior al 1.5 por ciento del registro electoral. En este sentido, hay un cambio importante en relación a la Constitución de 1998, en la cual se exigía como condición de permanencia la obtención de un porcentaje igual o superior al 5 por ciento para no perder el registro electoral, mientras que ahora se establece ese mismo porcentaje como condición para transformar un movimiento político en un partido.

En cuanto a la representación política existen cambios importantes, entre los que podemos señalar la formalización de las candidaturas de independientes, la inclusión de inhabilidades para presentarse a candidaturas, la reelección, la propaganda electoral y la reforma de la normativa electoral.

La Constitución de 1998 establecía que los ciudadanos independientes pueden presentarse sin el auspicio de partidos políticos. Lo que sucedió desde la incorporación de la participación de los independientes es que, por un lado, para las elecciones se conformaban movimientos políticos “desechables”, que impulsaban las candidaturas y, por otro, los partidos políticos tradicionales cooptaban para sus campañas a ciudadanos que aparecían como independientes o alejados de la política, lo que hizo que en los procesos electorales sea común tener como candidatos a figuras televisivas, deportistas, o artistas⁶⁶. El nuevo texto constitucional autoriza la presentación de candidaturas exclusivamente a los partidos y movimientos políticos de personas militantes, simpatizantes o no afiliados, lo que formaliza y pone parámetros claros para la participación de los independientes, dada la estricta regulación de los movimientos políticos, inexistente en la carta política de 1998. Lo anterior, sin embargo, deja subsistente la duda que planteó Conaghan sobre la participación electoral de independientes, es decir si se dejan aún abiertas las puertas a

⁶⁶ Véase Andrés Mejía, “Partidos Políticos: el eslabón perdido de la representación” en Felipe Burbano de Lara, (compilador), *Democracia, gobernabilidad y cultura política*, Quito, FLACSO, 2003, p. 314.

un mayor personalismo, populismo y desestabilización del sistema de partidos⁶⁷.

En cuanto a las inhabilidades para presentarse como candidatos de elección popular, la Constitución de 2008 agrega dos, una corresponde a los miembros del servicio exterior para quienes se da un tratamiento similar al de los magistrados de la Función Judicial, es decir se impone el condicionamiento de la renuncia seis meses antes de la fecha señalada para la elección, y la otra corresponde a quienes adeuden pensiones alimenticias. Se mantiene, además, la inhabilidad para quien haya recibido sentencia condenatoria por delito sancionado con reclusión, pero se agregan los delitos de cohecho, enriquecimiento ilícito y peculado.

La reelección prevista como indefinida en la Constitución de 1998 se elimina y se establece la posibilidad de una sola reelección para el mismo cargo, que podría ser consecutiva o no, y, adicionalmente, no hace distinción alguna entre la reelección de cualquier autoridad y la de Presidente y Vicepresidente de la República, como lo hacía la Constitución anterior.

El tema de la reelección no deja de ser polémico, por cuanto en los gobiernos seccionales la continuidad ha sido la tónica, fenómeno que se ha presentado en las grandes y pequeñas circunscripciones del régimen seccional con los alcaldes y prefectos. Los efectos podrían ser dobles: por un lado, se abre la puerta a romper hegemonías partidistas perennizadas en poderes locales, y, por otro, se permite el recambio de las figuras políticas.

En cuanto a la propaganda electoral, la carta política del 2008 constitucionaliza la limitación de la publicidad en medios de comunicación y vallas publicitarias, la cual pasa a depender directamente del Estado a fin de garantizar el acceso en igualdad de condiciones de todos los candidatos, y se mantiene el principio de control de gasto electoral que contenía la Constitución de 1998. Otra innovación que se incorpora es la expresa prohibición de utilizar recursos estatales y publicidad gubernamental para la campaña electoral⁶⁸.

67 Véase Catherine Conaghan, "Politicians against parties, discord and disconnection in Ecuador's Party System", citada por Andrés Mejía, "Partidos Políticos: el eslabón perdido de la representación" en Felipe Burbano de Lara (compilador), *Democracia, gobernabilidad y cultura política*, Quito, FLACSO, 2003, p. 313.

68 Constitución de 2008, artículo 115.

La regulación de la campaña mediática implica un avance a destacar, que fue puesto en práctica en la elección de asambleístas y que tiene como objetivo fundamental el evitar que la capacidad económica de los candidatos resulte determinante en la voluntad de los electores, dado el alto grado de mediatización de la política. Este gran aporte de la Constitución de 2008 requiere de una estricta regulación a nivel legal y control exhaustivo de los entes encargados para que no existan abusos o se encuentren resquicios legales para incumplir la disposición constitucional.

El texto de Montecristi, finalmente, establece la prohibición de realizar reformas legales durante el año anterior a la celebración de las elecciones y se incluye la posibilidad de que, en caso de que una declaratoria de inconstitucionalidad afecte al proceso electoral, el Consejo Nacional Electoral pueda proponer un proyecto de ley para que el legislativo lo tramite en un plazo de treinta días, so pena de que entre en vigencia por el ministerio de la ley.

La intencionalidad detrás de esta norma encuentra su fundamento en el manejo legal electoral de coyuntura que se ha dado por parte del legislativo, que ha reformado la ley previo a los procesos de elecciones⁶⁹. Sin embargo, la potestad legislativa que se le otorga al Consejo Electoral no deja de sorprender, pues tiene una capacidad comparable a la del Presidente de la República en materia económica urgente, lo cual deja abierta la posibilidad de que nuevamente se de un manejo coyuntural en materia electoral.

El régimen de representación en Bolivia resulta mucho menos regulado que en el caso ecuatoriano, pues se limita a señalar quiénes están autorizados a presentar candidaturas y enumera algunos principios que deben regir esas candidaturas. Cabe destacar, sin embargo, el reconocimiento de la democracia comunitaria para la designación de candidaturas y representantes por parte de las organizaciones de los pueblos y naciones indígenas originarias campesinas⁷⁰. En cuanto a la reelección, no se establece una norma

69 Una nota de prensa publicada en *diario el Universo* de fecha 4 de octubre de 2004, señala que desde la expedición de la primera ley de elecciones en 1978 se han realizado 26 reformas, la mayoría coincidentes con procesos electorales <http://archivo.eluniverso.com/2004/10/04/0001/8/E1D99E9661624DA483FBE720EF8B23C6.aspx>

70 Constitución de Bolivia, artículos 220-223.

general para todas las dignidades. Se establece la reelección consecutiva para el Presidente de la República⁷¹, al igual que para las dignidades de los gobiernos autónomos, como gobernadores, prefectos y alcaldes⁷², concejales y asambleístas regionales⁷³.

El régimen de representación chileno reconoce la participación de los independientes y partidos políticos en igualdad de condiciones⁷⁴. Las condiciones de funcionamiento de los partidos políticos e inhabilidades se regulan en el derecho de asociación⁷⁵. La reelección para el cargo de presidente se encuentra restringida, no así para senadores, diputados y miembros de consejos municipales⁷⁶.

En Colombia se reconoce la facultad de representación a partidos políticos, movimientos políticos, movimientos sociales y colectivos significativos de ciudadanos, que mantengan un umbral de apoyo del 2 por ciento en las elecciones de la Cámara de Representantes o del Senado. Este porcentaje constituye también el mínimo exigido para mantener la personería jurídica. Contempla un sistema de financiación estatal para todos los grupos que mantengan la personería jurídica vinculado con el porcentaje de votación obtenido, y establece que la ley fijará el límite de las aportaciones privadas con las que se pueda financiar una campaña y el límite del gasto electoral. Se dispone el acceso a un máximo de espacios publicitarios en radio y televisión costeados por el Estado, solo para las elecciones presidenciales. Se garantiza el derecho de los partidos y movimientos de utilizar los medios de comunicación que hagan uso del espectro radioeléctrico⁷⁷. En cuanto a la reelección, Colombia mantenía una línea histórica de no reelección para ninguna función estatal, sin embargo se reformó esta visión en lo referente al Presidente y Vicepresidente de la República, que son las únicas autoridades que pueden ser reelectas por un solo período⁷⁸, cambio

71 *Ibidem*, artículo 166.

72 *Ibidem*, artículo 285.

73 *Ibidem*, artículo 288.

74 Constitución de Chile, artículo 18.

75 *Ibidem*, artículo 19.15.

76 *Ibidem*, artículo 25.

77 Constitución de Colombia, artículos 107-112.

78 *Ibidem*, artículos 197 y 204.

que no dejó de causar polémica pero que fue ratificado por la Corte Constitucional⁷⁹.

Perú reconoce partidos, movimientos o alianzas como organizaciones por las cuales se forma y manifiesta la voluntad popular, a los que se les reconoce el derecho de acceder de forma gratuita a espacios de publicidad en los medios de comunicación social de propiedad del Estado en proporción a los votos obtenidos⁸⁰. La reelección presidencial por un solo período está considerada, mientras que la reelección para alcaldes, regidores y presidentes de la región no tiene limitación constitucional⁸¹.

La Constitución de Venezuela tiene una regulación muy genérica en la cual se garantiza el derecho de asociarse con fines políticos, se reconoce el derecho de los ciudadanos de postular candidatos por iniciativa propia y el financiamiento de campaña se regula por ley⁸². El sistema de reelección no es genérico y depende de cada cargo, así, los gobernados pueden ser reelegidos por una sola vez, al igual que los alcaldes, mientras que los legisladores y diputados pueden ser reelectos por dos períodos consecutivos. La reelección presidencial se mantuvo por una sola vez, tras la derrota de Chávez en el referendo del año 2007⁸³.

3.2. Mecanismos de la democracia directa

La Constitución de 1998, en la norma general que regula los derechos políticos, establece el derecho de los ciudadanos a presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados y a revocar el mandato⁸⁴. Es decir, se reconocen los tres mecanismos tradicionales de la democracia directa.

La Constitución de 2008 ha introducido algunos cambios importantes en relación con los mecanismos de democracia directa que pasamos a analizar a continuación.

79 Véase las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia A024/05, A025/06, A026/05.

80 Constitución de Perú, artículo 35.

81 *Ibidem*, artículos 194 y 198.

82 Constitución de Venezuela, artículo 67.

83 *Ibidem*, artículos 160, 162, 174, 192 y 230

84 Constitución de 1998, artículo 26.

3.2.1. Iniciativa legislativa

La regulación de la iniciativa legislativa popular como una institución de la democracia directa y no como un derecho ligado exclusivamente a la formación de las leyes es un primer gran acierto de la carta política de Montecristi. Corrige así el defecto contenido en el texto de 1998, defecto que era doble, pues adicionalmente se encargó la regulación del ejercicio de este derecho a la legislación secundaria, lo cual nunca sucedió. En función de haber considerado solamente a la consulta popular y a la revocatoria como mecanismos de democracia directa, tanto en la Constitución de 1998 como en la legislación secundaria fueron los únicos mecanismos que encontraron viabilidad para su ejercicio.

Por lo anterior, la iniciativa normativa popular es una institución constitucional que la podemos calificar como nueva, y de la que vale reconocer algunas particularidades. La primera y que salta a la vista es el hecho de que la iniciativa no solo se reconoce para la presentación de proyectos ante la función legislativa sino ante cualquier órgano con facultad normativa, lo cual abre un camino importante para la participación, por ejemplo, en la definición de ordenanzas a nivel municipal o para afiliados al seguro social sobre reglamentos que puedan ser de su interés. Lamentablemente se ha establecido un parámetro general de respaldo (0,25% del padrón electoral) para hacer efectivo este derecho, lo cual consideramos acertado en el caso de leyes de alcance nacional o local, pero que podría dificultar su utilización nivel institucional.

Se garantiza la participación en el debate parlamentario por medio de representantes y se establece un plazo perentorio de ciento ochenta días para la discusión en el legislativo, que en caso de no hacerlo, entrará automáticamente en vigencia. Este punto resulta altamente controversial pues de no existir una regulación a nivel legal que garantice que no exista un abuso del derecho, podría ser utilizado por grupos políticos sin representación en el legislativo para aprobar una reforma que por los canales normales no sería aprobada.

La Constitución de 2008 mantiene el requisito del uno por ciento del padrón electoral para la reforma constitucional por iniciativa popular y agrega el plazo de un año para la discusión en el legislativo con el efecto de que en caso de no se trate la propuesta en ese plazo, se podrá solicitar la convocatoria a consulta. En este ámbito, consideramos correcta la regulación

para darle algún peso a la iniciativa de reforma constitucional, sin embargo debería decirse que para que tenga un efecto inmediato, la consecuencia no debería ser en estricto sentido una consulta popular, sino un referendo, es decir un texto concreto de reforma que, tras ser aprobado, se incorpora inmediatamente al ordenamiento constitucional ecuatoriano.

3.2.2. Consulta popular

La Constitución de 2008, mantiene la iniciativa para la consulta popular para el Presidente de la República, los gobiernos autónomos descentralizados, y la ciudadanía, e incorpora como grupo con capacidad de proponer un procedimiento de consulta a las personas ecuatorianas en el extranjero⁸⁵. Adicionalmente y fuera del capítulo dedicado a los mecanismos de democracia directa, otorga también iniciativa de consulta a la Asamblea Nacional en caso de extracción de recursos naturales en áreas protegidas⁸⁶.

Otro avance importante es la reducción del porcentaje de respaldo requerido para presentar la consulta por iniciativa ciudadana, del 8 al 5 por ciento a nivel nacional y del 20 al 10 por ciento en caso de que se presente a nivel local, así como la incorporación del dictamen previo de la Corte Constitucional, lo que en países como Colombia ha permitido una regulación estricta de este mecanismo de democracia directa.

Establece también la prohibición de proponer consultas por iniciativa popular o por iniciativa de gobiernos autónomos descentralizados sobre materia tributaria (prohibición ya contenida en la Constitución de 1998) o de división política del Estado. La razón para ampliar la prohibición tendría su fundamento fáctico en las consultas que se realizaron en el año 2000 en Guayas, Manabí, El Oro, Los Ríos y Sucumbíos sobre la aprobación de un régimen autonómico para estas provincias, tesis que contó con la aprobación mayoritaria de la población⁸⁷. Estas consultas, sin embargo, no tuvie-

85 Constitución de 2008, artículo 104.

86 *Ibidem*, artículo 407.

87 Una reseña importante sobre la problemática generada por estas consultas se encuentran en el informe presentado por el Tribunal Supremo Electoral al Congreso Nacional del Ecuador correspondiente al año 2001, disponible en la página web de la institución. Internet: <http://www.tse.gov.ec/ebookstse/Libro10/libro10capitulo12.pdf>. Acceso: 20 de octubre de 2008.

ron un efecto concreto en la realidad, porque se plantearon como un plebiscito, como cuestión de trascendental importancia, pero versaron sobre una materia de exclusiva competencia del Presidente de la República en materia normativa de acuerdo a la Constitución vigente a la fecha⁸⁸. Es decir, aunque existió la voluntad expresada en favor de la autonomía en estas provincias, la misma no pudo concretarse porque dependían de la decisión del ejecutivo.

Otro cambio radical entre la Constitución vigente y el texto de 1998 consiste en la inclusión de temas de obligatoria consulta al pueblo, tal es el caso de la reforma parcial de la Constitución, cuando se apruebe el estatuto de una región autónoma, o cuando se convoca a una Asamblea Constituyente. En el caso de los estatutos autonómicos, nos queda la duda de si se trata, en realidad, de una consulta o de un referendo, pues el estatuto debería ser un texto concreto de reforma.

3.2.3. Revocatoria de mandato

La revocatoria de mandato cuenta con un avance significativo en la carta política 2008 en lo relacionado con la ampliación de la aplicación de ésta figura a todas las autoridades de elección popular, restringida en la Constitución de 1998 a los alcaldes, prefectos y diputados. Se flexibiliza la figura en el texto constitucional 2008, por cuanto no se requiere del 30 por ciento de firmas de respaldo sino solo del 10 por ciento para cualquier autoridad, y el 15 por ciento tratándose del Presidente de la República. Adicionalmente, se eliminan las causales para solicitar la revocatoria (corrupción o incumplimiento del plan de trabajo), y se restringe la posibilidad de solicitar la revocatoria en cualquier tiempo, solamente se la permite tras el primero y antes del último año del período para el que la autoridad ha sido electa.

El avance que implica la ampliación del espectro de aplicación de esta figura a todas las autoridades de elección popular, encuentra su fundamento en el origen mismo del mecanismo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se presenta tras el primer derrocamiento presidencial desde la

⁸⁸ Constitución de 1998, artículo 147.

vuelta a la democracia. Tras este impasse se consultó al pueblo sobre la posibilidad de incluir la revocatoria del mandato⁸⁹ en la Constitución que se elaboraría en 1998, cuestión que obtuvo una respuesta ampliamente positiva. Sin embargo, el tratamiento que le dio la Asamblea que elaboró la carta política lo restringió como se señaló en líneas anteriores. La consecuencia fue que la institucionalidad fue rebasada ampliamente, cosa que lo demuestran las caídas posteriores de Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez.

De igual manera, la eliminación de causales para que proceda la revocatoria de mandato responde a la concepción del mecanismo que lo que pretende reflejar es la pérdida de confianza de las personas en el mandatario por razones que pueden ser de distinto orden, no solamente la corrupción o el incumplimiento de ofertas de campaña.

Sin embargo, existe ahora un nuevo problema que enfrenta esta institución de la revocatoria, y es que la nueva carta política ha puesto grandes facultades en organismos y autoridades que no tienen origen democrático, por cuanto no acceden a su cargo por votación popular, sino a través de concursos de méritos y oposición, tal es el caso del Consejo de Participación Ciudadana, o las comisiones seleccionadoras encargadas de designar las más altas autoridades, con lo cual la figura obviamente pierde fuerza en cuanto a su alcance.

Otro cambio que introduce la Constitución de 2008 es el umbral de aprobación para las consultas, referendos y revocatorias de mandato, que lo establece en la mayoría absoluta de votos válidos y no de votantes como señala la Constitución de 1998, con la excepción de la revocatoria del Presidente de la república, en la que se mantiene la exigencia de la mayoría de sufragantes.

El grado de dificultad de aprobación varía, lo cual puede facilitar la aceptación de las propuestas sometidas a decisión del pueblo. Lamentablemente, hay que señalar que en todas las ocasiones en las cuales los mecanismos de democracia directa se han puesto en funcionamiento la iniciativa se ha originado en quienes ejercen el poder a nivel nacional o

89 La pregunta textualmente señalaba: ¿Está usted de acuerdo que la Constitución Política contemple el principio de la revocatoria del mandato para quienes, habiendo sido elegidos por el voto popular, incumplan con las normas morales, legales y de eficiencia atinentes al ejercicio de sus funciones, de conformidad con la Ley?

local. No existe experiencia de una consulta popular que se haya originado en el pueblo. Siendo así, se abre una riesgosa posibilidad de que esta flexibilización nos traslade a un manejo plebiscitario de gobierno debido a la iniciativa de la cual gozan el gobierno central y los gobiernos seccionales. De igual manera, las decisiones adoptadas en un proceso en los cuales el voto nulo o la abstención tengan un gran porcentaje podría dejar en duda la legitimidad de la decisión adoptada, pues a pesar de que el voto nulo no fue considerado como válido en la Constitución de 1998, se le dio el efecto de ampliar el umbral para que lo consultado sea aprobado, efecto que solo lo mantiene el nuevo texto constitucional para el caso de la revocatoria del Presidente de la república.

Pongamos un ejemplo. La aprobación de la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, tuvo los siguientes resultados a nivel nacional: 81,72% por el SÍ, 12,43% por el NO, 0,78% de votos blancos y 5,07% de votos nulos. Bajo el régimen de la Constitución de 1998, si los resultados hubieran sido 47% a favor del SI, 30% a favor del NO y 23% a favor del NULO, la tesis de la convocatoria no habría sido aprobada, pues a pesar de que el SÍ supera al NO y al NULO por separados, no supera el umbral de la mayoría de votantes. Este mismo resultado, bajo el nuevo régimen establecido por la Constitución de 2008, sería distinto, la tesis del SÍ se considera aprobada debido a que supera al NO y, por lo tanto, existe una mayoría de votos válidos.

Adicionalmente, la reducción del umbral de aprobación que establece el nuevo texto constitucional parece manejar una lógica de gobierno y no de Estado, pues si revisamos la disposición que regula la reforma de la Constitución por referendo, verificamos que se mantiene la regla de aprobación en la mitad más uno de los votos válidos, es decir, es más fácil aprobar una Constitución que revocar el mandato a un presidente. De igual manera, no se encuentra fundamento para la disposición de la nueva Constitución que establece un umbral más alto de aprobación para la conformación de circunscripciones indígenas o afroecuatorianas, que requieren de las dos terceras partes de los votos válidos, rompiendo así la regla general establecida de la aprobación de la consulta por mayoría simple.

Veamos qué sucede con los mecanismos de la democracia directa a nivel andino. El texto constitucional elaborado en Montecristi toma algunas inicia-

tivas ya existentes en la región andina respecto de los mecanismos de la democracia directa que tienen distintos grados de reconocimiento y aplicación, así: la consulta popular se encuentra reconocida en todos los países andinos, la revocatoria del mandato en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela y la iniciativa legislativa no tiene regulación constitucional en Chile.

Bolivia contempla la figura del referendo obligatorio y previo para aprobación de tratados internacionales de alteración de límites, integración monetaria, integración económica, y cesión de competencias a organismos internacionales⁹⁰. Existe también la posibilidad de solicitar referendo previo a la aprobación de cualquier tratado a petición de la ciudadanía (5% de los electores) o del parlamento (35% de los legisladores), o para solicitar al ejecutivo su suscripción⁹¹. Se contempla también la obligatoriedad del referendo para el caso de que se quiera denunciar un tratado internacional que hubiere sido aprobado por referendo⁹², o para la aprobación de una autonomía regional. Se establece también el referendo obligatorio para convocar a Asamblea Constituyente⁹³, para lo cual la iniciativa debe contar con el apoyo del 20 por ciento del electorado, y la reforma que diseñe la constituyente requiere de la aprobación vía referendo. La iniciativa legislativa se contempla como derecho pero no está regulada. La revocatoria de mandato procede para todos los funcionarios públicos, se puede intentar solamente una vez que haya transcurrido la mitad del período y hasta un año antes de que culmine sus funciones, lo solicita el 20 por ciento del electorado y se aprueba si los votos favorables superan a los contrarios⁹⁴. Existe control de constitucional previo del procedimiento de reforma constitucional lo que incluiría el control del procedimiento de referendo pues no existe especificación alguna.

De los países del área, Chile es el país que menos ha desarrollado estos mecanismos a nivel constitucional, pues se establece el plebiscito exclusivamente para el caso de divergencia entre el ejecutivo y el legislativo en el proceso de aprobación de una reforma constitucional⁹⁵ y se deja abierta la potes-

90 Constitución de Bolivia, artículo 256

91 *Ibidem*, artículo 258.

92 *Ibidem*, artículo 259.

93 *Ibidem*, artículo 408.

94 *Ibidem*, artículo 187.

95 Constitución de Chile, artículo 117.

tad de establecer consultas no vinculantes y plebiscitos en los gobiernos municipales⁹⁶. Para todos estos procesos, se establece control de constitucionalidad.

El régimen colombiano que regula los mecanismos de democracia directa resulta bastante complejo y trataremos de resumirlo en las siguientes líneas.

En Colombia, la consulta la puede realizar el Presidente pero necesita la aprobación del senado⁹⁷, y se reconoce iniciativa también para gobernadores y alcaldes⁹⁸. Cabe destacar algo que ya señalamos anteriormente, y es la posibilidad de que los extranjeros puedan votar en consultas populares municipales. Contempla la posibilidad ciudadana de convocar a referendo para derogar leyes. La ley se deroga si cuenta con la mitad más uno de los votantes siempre que concurra por lo menos el 25 por ciento del censo electoral⁹⁹, lo que se justifica en el entendido de que el voto es facultativo, por lo que la abstención tiene su peso específico en los procesos electorales de este país. Colombia tiene control de constitucionalidad para este tipo de procesos¹⁰⁰. Se establece la obligatoriedad de consulta para la creación de nuevos departamentos, para decidir la unificación de municipios y para el ingreso de un municipio a una provincia¹⁰¹.

La Constitución se reforma solamente por referendo¹⁰². La iniciativa la puede proponer el ejecutivo o el pueblo (con el respaldo del 5% del electorado) y procede tras la aprobación de una ley por el congreso y el sometimiento de lo legislado a referendo. Se aprueba si cuenta con la mayoría de votantes, siempre que se supere el 25 por ciento del censo electoral en participación¹⁰³.

Hay consulta obligatoria también para la convocatoria a Asamblea Constituyente, pero sólo si el Congreso aprueba una ley, que requiere, a su vez, la aprobación de un tercio del censo electoral¹⁰⁴.

96 *Ibidem*, artículo 107.

97 Constitución de Colombia, artículo 104.

98 *Ibidem*, artículo 105.

99 *Ibidem*, artículo 170.

100 *Ibidem*, artículo 241.

101 *Ibidem*, artículos 297, 319 y 321.

102 *Ibidem*, artículo 374.

103 *Ibidem*, artículos 374 y 377.

104 *Ibidem*, artículo 376.

Se establece el referendo obligatorio para reformas constitucionales que versen sobre derechos, garantías, o regulaciones que atañen al legislativo, si lo solicita la ciudadanía (se debe contar con el respaldo del 5% del censo electoral). Se niega lo aprobado por el Congreso por mayoría simple si participa el 25 por ciento del censo electoral¹⁰⁵.

Finalmente, la iniciativa popular para las leyes sigue el mismo trámite que los proyectos de ley con carácter de urgente¹⁰⁶.

En Perú se reconoce la iniciativa legislativa pero no se la regula¹⁰⁷. Se reconoce la iniciativa para reformar la Constitución (requiere el respaldo del 0.3% del registro electoral)¹⁰⁸. Se reconoce el derecho de remoción de las autoridades pero no se lo regula¹⁰⁹. Establece como única forma de “revocatoria de mandato” del legislativo la disolución por parte del Presidente¹¹⁰, lo cual por supuesto no constituye revocatoria como mecanismo de participación. Se establece el principio de revocatoria de mandato, sin regulación para alcaldes, regidores y presidentes de región¹¹¹. La obligatoriedad de referendo se establece para la integración de distritos y regiones¹¹² y para aprobar reformas de la Constitución salvo que la reforma constitucional hubiere sido aprobada en dos legislaturas sucesivas con el apoyo de los en dos tercios de sus integrantes¹¹³.

Venezuela contempla la consulta obligatoria para la unificación municipios en distritos metropolitanos, para establecimiento de sus límites, para la creación de territorios federales y para la designación de los titulares de los órganos del poder ciudadano a falta de pronunciamiento en término por el legislativo¹¹⁴. La iniciativa de consulta recae en el Presidente, legislativo, y los ciudadanos (siempre que cuenten con el respaldo del 10% del electorado). Se reconoce también la iniciativa para gobiernos seccionales, para

105 *Ibidem*, artículo 377.

106 *Ibidem*, artículo 155.

107 Constitución de Perú, artículos 2.17 y 31.

108 *Ibidem*, artículo 206.

109 *Ibidem*, artículo 2.17.

110 *Ibidem*, artículo 134.

111 *Ibidem*, artículos 191 y 198.

112 *Ibidem*, artículo 190.

113 *Ibidem*, artículo 206.

114 Constitución de Venezuela, artículos 17, 171, 172 y 279.

las máximas autoridades de estos gobiernos y para los ciudadanos de estas circunscripciones con igual porcentaje de apoyo necesario¹¹⁵.

Se contempla la figura del referendo para aprobar leyes si el legislativo lo decide con el apoyo de las dos terceras partes de sus miembros y se aprueba por mayoría simple si concurren el 25 por ciento de electores. Los tratados internacionales en determinadas materias se pueden someter a referendo aprobatorio por el Presidente, Asamblea Nacional o el 15 por ciento de los electores¹¹⁶. Se contempla también la figura del referendo abrogatorio de leyes y decretos del Presidente, con la iniciativa del 5 por ciento de ciudadanos y el 10 por ciento de ciudadanos respectivamente, y se aprueban por mayoría simple si concurre el 40 por ciento del electorado.

Se establece el referendo aprobatorio para leyes de iniciativa popular que no inicien su discusión en el órgano legislativo en el plazo correspondiente¹¹⁷, así como la figura del referendo obligatorio para enmienda constitucional, que puede presentarse en bloque o por separado¹¹⁸.

La revocatoria se establece para todas las autoridades, transcurrido la mitad del período para el cual fueron electas y si cuenta con el respaldo del 20 por ciento del registro electoral. La revocatoria se aprueba si votan a favor igual número o más electores de los que le eligieron y si concurren a la votación por lo menos el 25 por ciento de los inscritos en el registro electoral¹¹⁹.

La iniciativa legislativa corresponde a los ciudadanos que cuenten con el apoyo del 0,1 por ciento del registro electoral.

No existe disposición constitucional expresa que garantice el control de constitucionalidad para los mecanismos de democracia directa.

3.3. Mecanismos de la democracia comunitaria

Los mecanismos de la democracia comunitaria que incorpora el texto constitucional 2008, al contrario de los de la democracia representativa y direc-

115 *Ibidem*, artículo 71.

116 *Ibidem*, artículo 73.

117 *Ibidem*, artículo 205.

118 *Ibidem*, artículos 341 y 345.

119 *Ibidem*, artículo 72.

ta, no encuentran un apartado particular, por lo que más allá de la mención del artículo 95 no se refleja ninguna norma a lo largo del texto constitucional que la desarrolle.

Bolivia hace un esfuerzo por darle contenido a la democracia comunitaria, pero que no alcanza un gran desarrollo. Vale destacar que cumple con definirla como una forma de ejercer la democracia “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades por normas y procedimientos propios de los pueblos y naciones indígenas originario campesinos, entre otros”¹²⁰. Esta norma general es ratificada en los artículos correspondientes al capítulo de la representación, en el que se estipula que las organizaciones de los pueblos y nacionalidades indígenas originarias campesinos tienen capacidad para postular candidaturas, en igualdad de condiciones que la sociedad civil y los partidos políticos, y al igual que estos últimos deben organizarse y funcionar bajo criterios democráticos. Por supuesto, esta organización democrática está referida a sus normas y fórmulas comunitarias. De igual forma, se reconoce la autonomía indígena originaria campesina que se conforma por voluntad de su población expresada en consulta regida por sus normas y procedimientos propios.

Ningún otro país de la región andina contempla la figura de la democracia comunitaria, lo que implica que tanto Bolivia como Ecuador tienen la responsabilidad de hacer un desarrollo de sus mecanismos a fin de cambiar la visión tradicional de la democracia y su ejercicio.

IV. Conclusiones

Es indudable que el tratamiento transversal que propone la nueva Constitución supera al modelo de participación incluido en la Constitución de 1998, por cuanto la participación ciudadana se reconoce como derecho en todos los niveles y en todas sus formas a fin de tomar parte en las decisiones de los poderes públicos y privados en la esfera de lo público y su control.

De igual manera, esta amplia regulación es la respuesta de la institucionalidad ante la enorme presión que ha ejercido la ciudadanía en estos últi-

¹²⁰ Constitución de Bolivia, artículo 11.

mos diez años en los cuales la crisis política ha reactivado el papel de las personas en relación a lo público, lo que demuestra que los efectos de la participación sobre las instituciones es una constante cíclica de mutua influencia, de cuestionamiento y respuesta, que debe propender siempre a ampliarse y ser más incluyente.

Vale también hacer algunas observaciones respecto del ejercicio comparativo que hemos realizado con el derecho constitucional andino. En la región parecería existir dos líneas distintas en cuanto a la regulación de la participación ciudadana claramente diferenciadas. El texto constitucional ecuatoriano vigente marca el punto más alto en el desarrollo de la normativa de la participación ciudadana de corte progresista, que arranca con la Constitución de Colombiana de 1991, y continúa con las de Venezuela 1999 y Bolivia 2007. Esta línea progresista se verifica en el rol protagónico que adquieren las personas en el desarrollo del ejercicio político y del control de las instituciones, algo que hasta la aprobación del nuevo texto constitucional en el Ecuador se había ejercido de forma muy excepcional, con una institucionalidad poco articulada y sin un sustento constitucional que lo viabilice.

Una línea distinta, más clásica y restringida en cuanto a la regulación de la participación, la encontramos en la Constitución de Chile de 1980 y la de Perú de 1993.

Por supuesto, toda formulación normativa es susceptible de ser observada y criticada, y aunque el balance de la Constitución de 2008 es indudablemente favorable, existen aspectos positivos y negativos. Como ejemplos positivos concretos en la nueva carta política tenemos la inclusión del derecho reconocido a todas las personas de participación en el desarrollo de las políticas públicas y en el control del poder; el reconocimiento de los derechos políticos a los extranjeros; la inclusión de la iniciativa popular normativa como mecanismo de democracia directa, la reducción de los márgenes de apoyo requerido para respaldar iniciativas ciudadanas de democracia directa y el establecimiento de temas de obligatoria consulta.

Por otro lado, la creación de espacios de participación sin una normativa clara respecto de sus alcances y demasiado genérica deja abierta la posibilidades de interpretación de distinto orden, desde aquellas que podrían restringir la participación hasta reducirla y dejarla sin efecto alguno, hasta aquellas que pretendan llevarla hasta el límite de la sustitución de las instituciones repre-

sentativas por las participativas, lo cual rompería con el sentido doctrinario de ésta última que se entiende siempre como complemento de la primera.

Otro riesgo que se muestra latente detrás de la regulación de los mecanismos de participación es, sin duda, la posible anulación del principio democrático, pues recarga demasiadas expectativas y responsabilidades en organizaciones colectivas que responden no a intereses generales, sino a intereses gremiales por ser esa su naturaleza. De este modo, la posibilidad de que organizaciones que no gozan de legitimidad democrática ejerzan potestades antes reservadas a la institucionalidad representativa puede ser fuente de conflictos de legitimidad. Lo anterior tiene un doble efecto negativo, en primer lugar puede fomentar la cooptación de la participación ciudadana por parte de gobiernos o grupos de interés, lo cual desnaturalizaría la participación ciudadana, y, por otra parte, deja fuera del control directo de la propia sociedad a estas instituciones, que al no tener origen en la soberanía popular tampoco son susceptibles de ser revocadas en su mandato.

Las grandes expectativas que genera la normativa constitucional en quienes apoyan lo positivo de su regulación, así como los temores y dudas que sus detractores apuntan, solamente se podrán resolver en la práctica que se haga de las instituciones. Pero, sin duda, la regulación de la Constitución de 2008 constituye la reacción del Estado a la participación de la ciudadanía que presionó por un cambio, y en ese sentido, ahora nos corresponde a las personas dar respuesta a todas las posibilidades que se abren a nuestra participación.

VI. Bibliografía

Doctrina

De Zubiría, Sergio, “El debate sobre la democracia en las izquierdas latino-americanas”, en Arango, Rodolfo (editor), *Filosofía de la democracia*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.

Gargarella, Roberto, “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal” en SELA, *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

Mejía, Andrés, “Partidos Políticos: el eslabón *perdido de la representación*” en

- Burbano de Lara, Felipe, (compilador), Democracia, Gobernabilidad y Cultura Política*, FLACSO, Quito, 2003.
- Melish, Tara, “*La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*”, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003.
- Montúfar, César, *Gobernabilidad y Participación*, Fondo Editorial Letras, Quito, 2004.
- Morales, Juan Pablo, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ávila, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Tomasetta, Leonardo, *Participación y autogestión*, Amarrortu, Buenos Aires, 1972.
- Verdesoto, Luis, “El régimen político en el proyecto de constitución” en Revista La Tendencia, *Análisis Nueva Constitución*, ILDIS, 2008, Quito, p. 179.

Internet

- León, Jorge, *La democracia real versus la democracia idealizada, Ecuador de 1978a 2003*, La Política, número 042. Internet: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=64504206>>. Acceso: 14 de octubre de 2008.
- González, Rafael, citado por Recabarren, Lorena, *Participación social y ciudadanía*. Internet: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf. Acceso: 3 de octubre de 2008.
- Viveros, Felipe, *Participación: Dimensiones teóricas, políticas y jurídicas*. Internet: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/34%20participacion.pdf. Acceso: 3 de octubre de 2008.
- González, Miguel, *La participación ciudadana como alternativa de gobierno*. Internet: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista14/articulos/miguel%20gonzalez.htm>. Acceso: 14 de octubre de 2008.
- A votar a partir de los 16 años*. Internet: <http://www.noticias24.com/actualidad/?p=7775>. Acceso: 15 de octubre de 2008.
- Presentan el proyecto para votar desde los 16 años*. Internet:

http://www.derf.com.ar/despachos.asp?cod_des=104740&ID_Seccion=33. Acceso: 15 de octubre de 2008.

Austria, primer país europeo que instauro el voto a los 16 años. Internet: <http://www.20minutos.es/noticia/244302/0/Austria/rebaja/edad-voto/>. Acceso: 25 de septiembre de 2008.

Blair estudia rebajar la edad legal para votar de 18 a 16 años. Internet: <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/12/07/internacional/1070797266.html>. Acceso: 25 de septiembre de 2008.

El voto a los 16 años, una iniciativa real y vigente. Internet. <http://www.voltairenet.org/article157007.html>. Acceso: 20 de octubre de 2008.

Ley de Elecciones, 25 reformas en 26 años. Internet. <http://archivo.eluniverso.com/2004/10/04/0001/8/E1D99E9661624DA483FBE720EF8B23C6.aspx>. Acceso: 18 de octubre de 2008.

Informe presentado por el Tribunal Supremo Electoral al Congreso Nacional del Ecuador 2001. Internet: <http://www.tse.gov.ec/ebookstse/Libro10/libro10capitulo12.pdf>. Acceso: 20 de octubre de 2008.

Textos normativos

Constitución de Bolivia

Constitución de Colombia

Constitución de Chile

Constitución del Ecuador 2008

Constitución del Ecuador 1998

Constitución de España

Constitución de Perú

Constitución de Venezuela

Jurisprudencia

Sentencia C-224-04 Corte Constitucional Colombiana

Sentencia T-487-03 Corte Constitucional de Colombia

Resoluciones A024/05, A025/06, A026/05 Corte Constitucional de Colombia

Instituciones de participación en las constituciones de la región andina

Categorías		Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela	
Nuevas instituciones de Participación	Organizaciones colectivas como mecanismos de la participación	X	X	X	X	X	
	Derecho a la resistencia			X			
	Acción ciudadana			X			
	Derechos políticos de extranjeros	Voto	X	X	X		X
		Otro			X		
	Edad para votar	16 años	X		X		
		18 años		X		X	X
	Voto militares en servicio activo	X		X		X	
	Reelección Presidencial	Limitada		X	X	X	X
		Ilimitada	X				
	Reelección Parlamentaria	Limitada	X		X	X	X
		Ilimitada					
	Reelección en gobiernos seccionales	Limitada			X		X
		Ilimitada	X			X	
	Financiamiento público de campaña				X		
Iniciativa legislativa	Nacional	X	X	X	X	X	
	Local			X			
	Institucional			X			

Instituciones de participación en las constituciones de la región andina (continuación)

Categorías		Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Temas de obligatoria consulta popular o referendo	Reforma de la Constitución		X	X	X	X
	Unificación de circunscripciones territoriales	X	X	X	X	X
	Tratados internacionales	X				
	Designación de autoridades					X
	Convocatoria a Asamblea Constituyente	X	X	X		
	Aprobación de nueva Constitución	X		X		
Revocatoria de mandato para toda autoridad electa		X	X	X		X
Reconocimiento de la democracia comunitaria		X		X		

Hacia un nuevo modelo de desarrollo

Nicole Pérez Ruales

Sumario

I. Introducción. II. Introducción a las teorías del desarrollo. III. El régimen de desarrollo. 2.1. Soberanía económica. 2.2. Planificación participativa del desarrollo. 2.3. Política fiscal y política monetaria. 2.4. Endeudamiento público. 2.5. Sistema financiero. 2.6. Soberanía alimentaria. 2.7. Formas de trabajo y su retribución. 2.8. Sectores estratégicos. IV. A modo de conclusiones... V. Bibliografía.

I. Introducción

Ecuador se encuentra en un momento político en el que prima la necesidad de generar cambios, de deconstruir estructuras de pobreza económica y desigualdad, que afectan notablemente a más de la mitad de la población, que no puede cubrir sus necesidades básicas y que no ha tenido las oportunidades para salir de este círculo de pobreza.

Paralelamente a esta realidad, el Ecuador también está inmerso en una economía internacional que fomenta la liberación de mercado producto de un proceso de globalización a nivel mundial.

Debido a estos factores, es pertinente realizar un acercamiento al nuevo modelo de desarrollo propuesto en la Constitución elabo-

rada y aprobada por la Asamblea Constituyente el 24 de julio del 2008.

Frente a estas innovaciones, este artículo, en primer lugar, señalará las teorías del desarrollo más importantes de los últimos años como punto de partida para contextualizar las influencias ideológicas que repercutieron en la configuración del Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008. En segundo lugar, dada la amplitud de las temáticas, se realizará una interpretación y comparación breve de los puntos trascendentales del Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008 con la Constitución de 1998 y las constituciones de la subregión andina.

La comparación es necesaria debido a que los cambios parten del mismo concepto de desarrollo, que en la Constitución de 1998 solo se lo planteaba como Sistema Económico, mientras que en la nueva Constitución incluye al desarrollo con planteamientos y propuestas innovadoras en ámbitos económico, político, social, cultural, ambiental y comercial.

Adicionalmente, dada la coyuntura en América Latina, donde los gobiernos establecen alianzas basados en las ideologías de los proyectos políticos y donde se plantea la duda de que existe vinculación e influencia en cuanto a la forma de gobernar y de gestar las nuevas constituciones, es pertinente realizar una comparación de los modelos de desarrollo que se están aplicando en la región, pero, por la extensión del tema, sólo no basaremos en las cartas magnas de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela.

II. Introducción a las teorías del desarrollo

Para poder hablar del Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008, es necesario tomar en cuenta que este modelo es producto del rechazo y la fusión de determinadas teorías del desarrollo y de distintos modelos aplicados en el Ecuador.

Para cumplir con los fines del presente artículo nos limitaremos a señalar las teorías principales que permitirán enfocar los conceptos, ponerlos en perspectiva y, sobre todo, identificar el marco en el que se plantea el Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008.

Existen varias categorías que clasifican las teorías del desarrollo, las mismas que se han ido construyendo en base a acontecimientos y tendencias a través de la historia. A fin de no desviarnos del objetivo de análisis solo citaremos las más importantes.

En las ciencias sociales, durante los últimos cincuenta años, se han creado conceptualizaciones de desarrollo en momentos principales como lo señala Arturo Escobar¹: las teorías de la modernización y las de crecimiento y desarrollo (años cincuenta y sesenta), la teoría de la dependencia (década sesenta y setenta), las críticas al desarrollo (década de los ochenta y noventa) y como el mismo autor señala que en los años noventa también se gesta el postdesarrollo y en la última década a partir del 2000 se plantean reconstrucciones del desarrollo.

La teoría de la modernización se enfoca en las premisas de los beneficios del capital y la tecnología; por lo cual, los países “subdesarrollados” o, en algunos casos denominados del Tercer Mundo, deben buscar un nivel de industrialización y prosperidad económica. En consecuencia, tienen que hacer un cambio profundo en sus valores y estructuras sociales. En la línea de esta teoría están las teorías liberales, neoclásicas y del crecimiento que afirman que el capitalismo es la vía para el “progreso y la riqueza”² y que el crecimiento económico es la condición necesaria para el desarrollo de los países.

Posteriormente a las teorías conservadoras de crecimiento productivo, comenzaron a darse una serie de teorías reformistas al capitalismo, desde una visión progresista basada en la ideología keynesiana, que afirmaban que además del crecimiento productivo eran necesarios ciertos cambios económicos estructurales con intervención estatal para lograr el objetivo del desarrollo. Aún se veía al desarrollo como un modelo en el que el objetivo era tener las mismas características económicas que tienen los países del Norte, y en el cual debe procurarse un extenso y saneado mercado interior, con presencia equilibrada de los tres sectores macroeconómicos (agrario, industrial y de servicios), donde era preciso lograr los adecuados flujos económicos monetarios. *En consecuencia, el crecimiento de la producción sigue siendo*

1 Ver Arturo Escobar, El “postdesarrollo” como concepto y práctica social, en Daniel Mato (coordinador), *Política y Economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 17-31.

2 Ver la teoría de las fases sucesivas de Rostow (Walter Witman Rostow, 1916-2003).

*condición necesaria para el desarrollo aunque no sea suficiente para ello. Y, con ello, crecimiento y desarrollo siguen siendo compatibles*³.

A finales de los años sesenta y principalmente en la década de los setenta cobró fuerza la teoría económica con visión socialista y revolucionaria que fue el estandarte de algunos autores marxistas y otros estructuralistas. En dicha teoría se argumentaba que dentro del capitalismo, incluso con los cambios estructurales propuestos por teorías reformistas, seguirían existiendo formas de explotación de los países del Norte⁴ a los países del Sur por medio de un crecimiento de las multinacionales que se enriquecen a costa de la explotación a los trabajadores y a los recursos naturales de los países más pobres, quienes por esa causa no pueden progresar. Premisas a partir de las cuales proponen otro sistema económico socialista; *'más cercanos al socialismo real que ensayaba de la Unión Soviética o al comunismo teórico que habían anteriormente propuesto Marx y otros autores*⁵. Finalmente, en esta teoría el crecimiento seguía siendo condición necesaria para el desarrollo, pero no suficiente.

La teoría de la dependencia, *"creada al tenor de la escuela de la CEPAL, con fuertes influencias de Marx y de Keynes, hablaba del intercambio desigual y de relaciones asimétricas entre el centro y la periferia"*⁶. En la teoría de la dependencia se definía un centro avanzado que imponía modelos de acumulación y mecanismos que generaban desigualdad, a una periferia atrasada y desestructurada.

Posteriormente, se retomó los postulados de la escuela neoclásica mediante el llamado Neoliberalismo, que se expuso, principalmente, mediante la elaboración del Consenso de Washington. Este Consenso es un listado de políticas económicas consideradas durante los años 1990 por el

3 Teoría del desarrollo (2008, 16 de octubre. *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 20:09, octubre 20, 2008,

http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Teor%C3%ADa_del_desarrollo&oldid=21000368.

4 En esta teoría se utilizan terminologías como países del primer mundo y tercer mundo, países ricos y pobres y países desarrollados y subdesarrollados.

5 Teoría del desarrollo (2008, 16) de octubre. *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 20:09, octubre 20, 2008,

http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Teor%C3%ADa_del_desarrollo&oldid=21000368.

6 Pablo Dávalos, *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*, Ecuador, 2008.

Banco Mundial, el BID, ejecutivos del gobierno de EE.UU., las agencias económicas del mismo gobierno, el Comité de la Reserva Federal y el Fondo Monetario Internacional. Sus principios más importantes, que se planteaban como guías para el desarrollo de América Latina, eran: disciplina fiscal, liberalización de las tasas de interés, tasa de cambio competitiva, liberalización del comercio internacional, liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas y privatización de las empresas públicas. Estas políticas fueron implementadas en varios países mediante ajustes estructurales y son ahora fuertemente criticadas como causantes de los altos índices de desigualdad económica de la región.

Además, existe una serie de críticas al capitalismo desde varias perspectivas que basan su análisis en que el crecimiento productivo no garantiza necesariamente el desarrollo de las personas, ya que entre los indicadores de crecimiento no se toman en cuenta otros factores que afectan al bienestar de las personas como son: la distribución del ingreso para satisfacer las necesidades o la contaminación. En esta tendencia existen teorías que se enfocan en el desarrollo humano; uno de sus exponentes más importantes es Amartya Sen que habla del desarrollo desde el enfoque de la falta de libertad refiriéndose a problemas como la pobreza económica, el inaccesso a los servicios y la falta de oportunidades.

En esta misma línea, hay una serie de movimientos sociales que defienden temáticas y teorías desde diferentes intereses, entre los más importantes están los movimientos antiglobalización, los feministas, los ecologistas, promotores de desarrollo sostenible, defensores de derechos humanos, entre otros.

Existen autores que afirman que esta era de movimientos sociales corresponde a una era de postdesarrollo, concepto novedoso que se refiere a

“la posibilidad de crear diferentes discursos y representaciones que no se encuentren tan mediados por la construcción del desarrollo (ideologías, metáforas, lenguaje, premisas, etc.); por lo tanto, la necesidad de cambiar las prácticas de saber y hacer y la “economía política de la verdad” que define al régimen del desarrollo; por consiguiente, la necesidad de multiplicar centros y agentes de producción de conocimientos –particularmente, hacer visibles las formas de conocimiento producidas por aquellos quienes supuestamente son los “objetos” del desarrollo

*para que puedan transformarse en sujetos y agentes;... destacar las estrategias alternas producidas por movimientos sociales al encontrarse con proyectos de desarrollo*⁷.

Finalmente, están los movimientos que ven al desarrollo desde una perspectiva transcultural que tiene como premisa principal el crecimiento personal y la autorrealización del ser humano desde enfoques culturales tradicionales de cada lugar.

Todas estas teorías han dividido a las ideologías y a la política de los países aparentemente en dos extremos: los partidarios de la derecha y los de izquierda, que son las tendencias que influyen en el debate acerca de los modelos de desarrollo que se deberían aplicar en nuestras sociedades. Dentro de esta línea, una de las temáticas centrales que influye en la discusión frente del Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008, es el debate que se da a nivel mundial⁸ respecto a la intervención del estado y las prestaciones sociales que éste brinda y su relación con el desarrollo.

La derecha política insiste en la liberación del mercado⁹, en rebajar los impuestos y disminuir el gasto social ya que son obstáculos para el desarrollo de las empresas, la inversión, la libertad individual y la innovación. Además, afirman que el país se vería afectado frente a su posición en el mercado mundial y proponen que la política económica debe enfocarse en la competitividad y el crecimiento económico.

La izquierda, por su parte, exige el incremento del gasto público y extensión de la protección mediante programas universales a todos los ciudadanos, ya que señala que a medida que la globalización se va expandiendo, las desigualdades económicas son mas profundas entre las personas adineradas y las pobres, por lo cual es de “vital importancia tender una red de prestaciones sociales”¹⁰ e impuestos que favorezcan a la redistribución de la riqueza con el fin de impedir la desigualdad económica extrema.

7 Arturo Escobar, El “postdesarrollo” como concepto y práctica social. En Daniel Mato (coord.), *Política Economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 17-31.

8 Principalmente en Estados Unidos y Europa.

9 “Libertad” absoluta que no existe en ningún país.

10 Jeffrey Sachs, *Economía para un planeta abarrotado*, 2008, p. 343.

III. El régimen de desarrollo

Una vez señaladas las principales teorías del desarrollo de los últimos años, al tratar de enfocar al Régimen de Desarrollo bajo un solo esquema o un modelo de desarrollo, nos daríamos cuenta de que hay una mezcla de ideologías de grupos sociales entre los que se incluyen entre otros grupos de ambientalistas, indígenas, feministas, con ideología de izquierda, para los que la intervención estatal es fundamental; incluso se podría afirmar que este Régimen de Desarrollo pertenece a un tipo de postdesarrollo construido en base a un creciente descontento frente a los modelos de desarrollo aplicados en el país, con la presencia de un fuerte componente intercultural porque parte de un modelo que respeta la diversidad del Ecuador, que fomenta la participación y el control social, e intenta generar distribución equitativa de los beneficios del desarrollo¹¹, elementos que no existían en la Constitución de 1998.

El Régimen de Desarrollo trata de ser una temática innovadora que engloba no solo el crecimiento económico basado en indicadores macroeconómicos, sino un desarrollo integral que incluye aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales, basado en el buen vivir o *sumak kawsay*, es decir, un modelo en el que las personas y las comunidades gocen de derechos, ejerzan responsabilidades y mantengan una armonía con la naturaleza¹².

Este último e innovador concepto busca contraponerse y poner límite al “Sistema de Economía Social de Mercado”¹³ que se ha implementado en el país, en el cual, el único objetivo era el crecimiento económico que ha traído consigo una insostenible y exacerbada explotación de recursos naturales y un incremento de las inequidades sociales y económicas. Frente a lo cual, el Régimen de Desarrollo de la Constitución se plantea la importancia de la responsabilidad social y ambiental como un eje transversal en todas las temáticas.

En relación a las constituciones de los otros países andinos, tanto en la Constitución boliviana como en la venezolana¹⁴ existen similitudes con el

11 Constitución del 2008, artículos 275 y 276.

12 *Ibidem*, artículo 275.

13 Constitución Ecuatoriana 1998, artículo 244.

14 Constitución de Venezuela, artículo 299.

Régimen de Desarrollo de la Constitución ecuatoriana del 2008. En Bolivia existen muchas similitudes frente a los principios del modelo económico que se plantean, ya que en las dos se toma como punto central al ser humano y su desarrollo enfocados en principios del vivir bien (Bolivia)¹⁵ o buen vivir (Ecuador). Respecto al sistema económico planteado en la Constitución venezolana, la nueva Constitución ecuatoriana tiene muchas similitudes en relación a la intervención de estado para mejorar el desarrollo humano, proteger el medio ambiente y fomentar la economía solidaria.

En la Constitución colombiana se le denomina Régimen Económico y de la Hacienda Pública al Régimen de Desarrollo que sería su equivalente en la nueva Constitución ecuatoriana. La diferencia radica, principalmente, en que en Colombia se denomina a la empresa como la base del desarrollo pero se le determina una función social con obligaciones, se plantea además la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. También se establece la libertad económica con limitaciones legales como la prohibición de los monopolios aunque no se incluyen temas de economía solidaria como el comercio justo.

La Constitución peruana en relación a la Constitución ecuatoriana del 2008 es la que muestra la mayor diferencia en el Régimen Económico, ya que al igual que la Constitución ecuatoriana de 1998 propone una economía social de mercado con un modelo económico mayormente liberal en el que Estado facilita la libre competencia y en el cual la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. Mientras que la Constitución ecuatoriana del 2008, como se describió previamente, se plantea un modelo de economía solidaria que reconoce al ser humano como centro de la economía, lo cual se denota desde la estructura de los capítulos y la inclusión de conceptos novedosos.

3.1. Soberanía económica

A pesar que el Régimen de Desarrollo, en la parte de la soberanía económica ha sido fuertemente criticado como restrictivo de la libertad o limitante

15 Constitución de Bolivia, artículo 307.

en relación a las actividades privadas y el mercado, lo que busca afirmar es que el mercado no es el único elemento del desarrollo sino que debe mantener una relación e interacción con el Estado y su población. Es decir, que tanto el Estado como el mercado tienen responsabilidades a favor de las personas y comunidades y no viceversa (ni neoliberalismo, ni comunismo), en donde se genere un círculo virtuoso entre el crecer y repartir la riqueza y se combata la falta de libertad en las situaciones de pobreza, de inaccessos a la educación y a la salud, realidades que se han incrementado en las últimas décadas.

El problema de falta de competitividad de las grandes empresas ecuatorianas entonces no puede ser relacionado con poca libertad en la Constitución del 2008, ya que esa libertad de la que hablan está relacionada con un sistema en el que no se respetaban los derechos de los trabajadores (tercerización, jornadas de trabajo excesivas, menor repartición de utilidades, etc.), en el cual se eludían impuestos y existían privilegios en beneficio de un sector minoritario de la población.

El Régimen de Desarrollo busca estimular la producción privada interna, evitar los monopolios¹⁶, oligopolios y los latifundios¹⁷; estimular a los pequeños y medianos productores¹⁸, y poner regulaciones estatales como las que existen en economías como las europeas, en las que los empresarios negocian con los estados y no dejan de tener ganancias y seguridad. Es decir, se plantea la intervención estatal dentro de una economía mixta como es común en casi todos los países, se aplica la estrategia de libre mercado, mientras que en otros se plantea un Estado de bienestar.

En Ecuador, con la Constitución del 2008, se enmarca la intervención del estado en esta última tendencia, en la que el gasto social es elevado y el estado juega un papel importante en la economía regulando y generando políticas que buscan eliminar prácticas de competencia desleal o abuso de posición de dominio de mercado. Respecto a este tema, actualmente existe debate sobre si es eficiente la ingerencia del estado en la economía y en el mercado, y existen investigaciones¹⁹ que buscan demostrar que las argu-

16 En el artículo 244 de la Constitución de 1998 también se sancionaban las prácticas monopólicas.

17 En Venezuela también se prohíbe el latifundio.

18 Constitución del 2008, artículos. 17, 282, 335.

19 Jeffrey Sachs, *Economía para un planeta abarrotado*, Barcelona, mayo del 2008, pp. 344-349.

mentaciones en contra de los gastos sociales no tienen evidencia empírica ya que en países como Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, que mantienen elevado gasto social y poseen sistemas de seguridad muy amplios, los índices de pobreza son menores (5,6%)²⁰ que en el resto de Europa (9%) y que en Estados Unidos (17,1%). Las tasas de desempleo son también menores porque, por un lado, los servicios que brinda el estado generan empleo y porque existe gran participación femenina en los mercados laborales ya que el estado garantiza el cuidado diario y escolarización de los niños²¹.

Además, en términos de salud y renta per cápita, estos países tienen un producto nacional bruto superior a los países de libre mercado pero no solo en la cantidad de la renta, sino también en la distribución de la misma.

Otras ventajas que han obtenido los estados de bienestar nórdicos son el elevado nivel de confianza de los ciudadanos en el gobierno, los bajos niveles de corrupción y los altos índices de competitividad de las instituciones públicas, además del manejo eficiente de los recursos que alcanzan elevadas tasas de ahorro nacional y elevados índices de desarrollo tecnológico.

Todos estos indicadores demuestran que es posible mantener una economía desarrollada con intervención estatal. A pesar de que el Ecuador no se encuentra en una posición comparable, es importante resaltar que el objetivo del incremento del gasto social debería buscar mejores niveles de bienestar, aprender buenas prácticas como el manejo adecuado de las finanzas públicas, la eliminación de la corrupción y sobre todo rescatar prácticas tradicionales positivas que creen las condiciones necesarias para lograr un desarrollo enmarcado en la diversidad del país.

Esta pluralidad que se ve enmarcada en los objetivos que se propone la política económica de la Constitución 2008: la distribución de la riqueza, el incentivo de la producción y la generación de empleo. También, se incluyen conceptos innovadores como la soberanía alimentaria, energética, el intercambio justo, el consumo responsable y un desarrollo territorial con integración entre las distintas regiones del país, tema de importante debate

20 *Ibidem.*

21 *Ibidem.*

en los últimos tiempos entre el gobierno y los alcaldes de las principales ciudades del país²².

Adicionalmente, se reconocen diversas formas de producción y propiedad: comunitarias, cooperativas, públicas, privadas, asociativas, mixtas y estatales²³, algunas de las cuales que no eran consideradas en la Constitución de 1998 y que demuestran que las grandes empresas no son los únicos actores del mercado, sino que existe una diversidad de protagonistas y formas de propiedad, por lo cual ya no se utiliza el genérico empresas sino unidades económicas o productivas.

En la nueva Constitución, además, el Estado no solo reconoce todas estas formas de propiedad, sino que también las garantiza. Se prohíbe la confiscación y la expropiación de bienes en casos excepcionales por un fin social y da garantía del debido proceso en la determinación de las indemnizaciones²⁴. Igual ocurre en Bolivia, Colombia, Venezuela y Perú, pero solo en Perú no se limite el acceso y uso de la tierra bajo el cumplimiento de una función social y ambiental, y los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares para su aprovechamiento económico.

En la Constitución del 2008 no se considera que el crecimiento económico no sea importante, sino que debe ser paralelo a la generación de oportunidades, a la capacidad de la población a mantenerse nutrida y con buena salud, con acceso a la vivienda y a los servicios básicos, para lo cual es necesario el planteamiento de políticas tributarias que faciliten la redistribución y estimulación del empleo²⁵.

A diferencia de la Constitución de 1998, que garantizaba la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones, la Constitución del 2008 señala que el Estado promoverá la inversión tanto nacional como extranjera dando prioridad a la primera. Es decir, que la inversión extranjera será un complemento de la inversión nacional con el fin de diversificar la producción e innovar la tecnología. Lo que no quiere decir que no se incentive la inversión, sino que las regulaciones para la inversión extranjera tendrán el fin de evitar la explotación excesiva de nuestros recursos y que los capitales

22 Constitución del 2008, artículo 284.

23 *Ibidem*, artículo 321.

24 *Ibidem*, artículo 323.

25 *Ibidem*, artículos 300, 48, 281.

golondrina no se reinvierten en el país²⁶. Por esta razón, se plantea la prioridad de la inversión nacional fomentada mediante el ahorro interno (en el que se incluyen beneficios al capital de los migrantes ecuatorianos), el crédito que impulse la productividad y la competitividad en ciertos sectores productivos de acuerdo a las prioridades de la planificación, los incentivos para la “producción de bienes socialmente deseables y ambientalmente aceptables” y la democratización de los factores de la producción²⁷.

3.2. Planificación participativa del desarrollo

En este nuevo régimen, a diferencia de la Constitución de 1998, se establece la planificación desde una estructura institucional constituida y organizada mediante un Plan Nacional de Desarrollo²⁸ y se retoma de la Constitución de 1978 la figura de un Consejo que se encargará de la realización del Plan.

La diferencia principal radica en que en 1978 el Consejo Nacional de Desarrollo estaba conformado por delegados de varios sectores públicos y privados quienes se encargaban de elaborar y dictar la planificación, mientras que en la Constitución del 2008 el Consejo Nacional de Planificación es un sistema nacional descentralizado que mira al Estado como el eje central que se encarga de organizar la planificación de una manera participativa y descentralizada, es decir, de una forma territorialmente equilibrada, en la que se incluyen las diversidades del país y se respeta la interculturalidad.

Este Plan Nacional de Desarrollo será el instrumento que delimite los objetivos, metas y plazos del Presupuesto General del Estado, en el que se incluyen todos los ingresos y egresos del sector público con excepción de los concernientes a las empresas públicas, seguridad social, banca pública y gobiernos autónomos descentralizados.

El presupuesto será elaborado por la Función Ejecutiva y será aprobado y controlado por la Asamblea Nacional. Dentro del presupuesto se establecen cambios respecto a la Constitución de 1998, en relación a las prea-

26 *Ibidem*, artículos 302, 308, 338.

27 *Ibidem*, artículo 334.

28 *Ibidem*, artículo 279.

signaciones presupuestarias que solo se las puede realizar para las partidas de los gobiernos autónomos descentralizados, la salud, educación, investigación, ciencia y tecnología e innovación²⁹.

Esta planificación parte de un sistema y una política económica que no están regulados por principios neoliberales o únicamente por indicadores macroeconómicos, sino por un sistema productivo y solidario que busca que el ser humano sea el sujeto y fin de la economía.

En relación a la planificación, en Colombia³⁰, al igual que en Ecuador, se establece un Plan Nacional de Desarrollo, el mismo que tiene que ser elaborado por el Consejo Nacional de Planificación, organismo que en ambos países depende del Presidente de la República. Igualmente, en ambos casos el presupuesto del estado tiene relación con este Plan Nacional de Desarrollo y debe ser aprobado por la Función Legislativa, la misma que no tiene la potestad de agregar montos o cambiar los montos globales. Las diferencias básicas entre estas dos formas de planificación radican en que en Ecuador, en relación a Colombia, la planificación es mayormente participativa debido a que incluye consejos ciudadanos que participarán mediante el debate y la generación de estrategias y presupuestos para el desarrollo del país. También difieren en que la planificación es la expresión técnica de evaluación de gestión y resultados de los planes de desarrollo que se plantea en la Constitución colombiana³¹ y no se manifiesta en la Constitución ecuatoriana.

En Venezuela³² como en Bolivia y en Perú, no se nombra un mecanismo de planificación específico, pero en todos se plantea que todos los gastos deben ser planificados y previstos en los presupuestos, y que el Poder Ejecutivo y Legislativo tienen un papel importante, el uno en la elaboración y el otro en la aprobación.

Adicionalmente, en Venezuela³³, al igual que en Ecuador, se delimita un balance entre los gastos corrientes y los ingresos corrientes.

29 *Ibidem*, artículo 298.

30 Constitución de Colombia, artículo 339.

31 *Ibidem.*, artículo 344.

32 Constitución de Venezuela, artículo 311.

33 *Ibidem*.

3.3. Política fiscal y política monetaria

La política fiscal, de igual manera, mantiene objetivos acordes al nuevo modelo de desarrollo, entre los que se destacan la generación de incentivos para la inversión en diferentes sectores y se establece el control de gastos corrientes, los mismos que solo pueden ser financiados con ingresos permanentes, a excepción de egresos prioritarios en las finanzas públicas, como son los relativos a la salud, educación y justicia³⁴.

Adicionalmente, una de las innovaciones en la política fiscal son los criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social que se implementan en las compras públicas, en las cuales se prioriza la adquisición de productos y servicios ecuatorianos, que sean ofertados por unidades de producción de economía popular y solidaria, lo que contribuye a incentivar su producción y a mejorar la distribución del ingreso brindando acceso y oportunidades a sectores que no tenían esta posibilidad de ser oferentes en el sector estatal³⁵.

Mientras que en la política monetaria se busca como objetivos: establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera y que orienten los excedentes de liquidez de la economía hacia la inversión, y además suministren los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia. A partir de esta política, se ha planteado un debate debido a que Constitución del 2008 establece que quien presidirá la política monetaria será la Función Ejecutiva y que la misma se ejecutará desde el Banco Central, entidad que en la Constitución de 1998 poseía autonomía. Existen críticas³⁶ respecto al tema, que enfatizan en la importancia de que el Banco Central no sea una institución que dependa de estrategias políticas de turno, es decir, ni de los gobiernos, ni de los bancos; sino como una institución técnica que sirva de guía en la formulación de políticas. A pesar de que partir de la dolarización las funciones del Banco Central han disminuido sigue teniendo funciones importantes en la economía del país como son

34 Constitución del 2008, artículos 285, 286.

35 *Ibidem.*, artículo 288.

36 Simón Cueva, Diario Hoy, De Bancos Centrales y Autonomía, Quito, 2008. En <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/de-bancos-centrales-y-autonomia-298074-298074.html>

“...la administración de la reserva monetaria, el control del nivel del circulante, el manejo de la cámara de compensación bancaria, la provisión de moneda fraccionaria, el ser depositario del dinero de las diversas entidades del Estado y, sobre todo, en los estudios y análisis de los indicadores de inflación, tasas de interés, exportaciones e importaciones y demás indicadores económicos y en las observaciones técnicas de los programas económicos de los diversos gobiernos como, según se ha dicho, un tercero confiable en temas de política económica y financiera, no subordinado a los circunstanciales avatares políticos partidistas”³⁷.

Una diferencia trascendental entre la Constitución ecuatoriana del 2008 y las constituciones de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela radica en que en todos estos países el Banco Central es una entidad que tiene autonomía, tanto administrativa como técnica, y coordina con el Ejecutivo la política monetaria y cambiaria del país; mientras que en el Ecuador, el Ejecutivo será el que tenga la facultad exclusiva de formular la política monetaria, crediticia y cambiar y el Banco Central únicamente será la entidad que lo instrumente.

Finalmente, la política monetaria de la Constitución del 2008 no señala al dólar ni a ninguna otra como moneda oficial.

3.4. Endeudamiento público

En la Constitución del 2008 la deuda pública no se contrapone a la estructura del modelo de desarrollo, consecuencia de lo cual se la restringe cuando afecte a la soberanía, al buen vivir y a la preservación de la naturaleza.

Existen varias diferencias en relación a las regulaciones del endeudamiento público de la Constitución de 1998 y la nueva Constitución ya que en ésta se crean instancias civiles que vigilarán y auditarán la deuda pública, así como se limita el financiamiento exclusivamente para programas y proyectos de inversión para infraestructura, se prohíbe la estatización de deudas privadas como lo que sucedió en 1982 con la sucretización de las deudas privadas que asumió el Estado. Adicionalmente, las deudas de los

³⁷ *Ibidem*.

gobiernos autónomos son asumidas o no por el Estado dependiendo de la posición de la función Ejecutiva³⁸.

El Ecuador, comparado con los países andinos analizados, propone lineamientos de control más rígidos para la contratación de este tipo de deuda y limita los sectores en los que se puede contraer la misma. Por ejemplo, en Bolivia la contratación de deuda pública depende de la Asamblea Legislativa y se determina únicamente por la forma técnica y la capacidad de pago, en tanto en Ecuador la deuda pública no solo se basa únicamente en la capacidad financiera y las condiciones de pago sino que también se la limita al sector de la infraestructura, se la condiciona para que no afecte a la soberanía, derechos, buen vivir y preservación de la naturaleza y no se define un órgano específico competente que la determine.

3.5. Sistema financiero

Una de las más fuertes crisis que ha sufrido el Ecuador es el feriado bancario de 1999, por la quiebra de la mayoría de instituciones financieras, la misma que desencadenó una fuerte crisis económica social y política en todo el país. Con este antecedente y dado que en la Constitución de 1998 no existían regulaciones específicas al sistema financiero, en la Constitución del 2008 se establece que las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejecutarse, previa autorización del estado, de acuerdo a la ley. Pero a pesar que el estado las controla y regula, éste no asume la responsabilidad de solvencia bancaria sino que son los administradores de estas instituciones sobre quienes caerá esta obligación³⁹.

Otros progresos en cuanto a la regulación de sistema financiero, son la prohibición del congelamiento de depósitos y la restricción a las entidades o grupos financieros de que tengan participaciones en empresas ajenas a su actividad o participen de capital en medios de comunicación⁴⁰, para evitar que se repliquen los problemas de la crisis financiera de 1999, ya que después de diez años aún no se han podido solucionar en su totalidad, como

38 *Ibidem.*, artículo 290.

39 Constitución del 2008, artículo 308.

40 *Ibidem.*

el caso del Grupo Isaías que, según la Agencia de Garantía de Depósitos, tenían un aproximado de 180 empresas y créditos vinculados en el sector privado.

Igualmente, se reconoce que el sistema financieros se compone de tres sectores: el público, privado y solidario (cooperativas, cajas de ahorro y entidades asociativas), los mismos que poseen normas y entidades de control diferenciadas.

Este control del Sistema Financiero planteado por la Constitución del 2008 es de gran trascendencia ya que, en la actualidad, la regulación de las instituciones financieras se está expandiendo a partir de la reciente crisis financiera de Estados Unidos que está afectando a los mercados financieros a nivel mundial. Estos graves problemas han demostrado que la actividad financiera no se puede autorregular sola y que es necesario mejorar el control y la regulación de los bancos y demás instituciones financieras y de inversión.

3.6 Soberanía alimentaria

Tomando en cuenta que el Ecuador presenta un retraso del crecimiento pues según el UNICEF sostiene que la desnutrición crónica afecta a un 25 por ciento de los niños y niñas menores de cinco años, la política de soberanía alimentaria es una necesidad urgente para la población.

En tal virtud, son muy pertinentes los planteamientos al respecto de fomentar la producción agrícola, fortaleciendo las tecnologías ecológicas y orgánicas, la investigación, la agro-biodiversidad y la biotecnología⁴¹.

También son necesarias las medidas que eviten prácticas monopólicas o especulativas, mediante la aplicación de sistemas justos de distribución y comercialización y estableciendo mecanismos preferenciales para los pequeños y medianos productores. La Constitución también plantea dentro de las responsabilidades del estado la normalización del uso y acceso a la tierra en base a la función social y ambiental⁴², frente a lo cual no se han definido los parámetros y los mecanismos que se utilizarían para cumplir

41 *Ibidem.*, artículo 281.

42 *Ibidem.*, artículo 282.

con esta disposición o los indicadores que definirían la función de la tierra, generando polémica y desconfianza en ciertos estratos de la población ecuatoriana.

Adicionalmente, es necesario proteger la agricultura especialmente de los alimentos básicos frente a los productos extranjeros que en algunos países son subsidiados; es importante también plantear que en el contexto de globalización actual tampoco es aconsejable determinar una independencia total y cerrada al mercado.

3.7. Formas de trabajo y su retribución

Sin duda alguna, los planteamientos relativos a las formas de trabajo y su retribución son uno de los puntos más progresistas en lo que respecta al Régimen de Desarrollo de la Constitución del 2008, ya que aparte de las disposiciones que estaban en la Constitución de 1998, que buscaban respetar los derechos de los trabajadores y que anulaban las estipulaciones en los contratos, en la Constitución del 2008 se garantiza un ambiente adecuado de trabajo. Además, se incluye la prohibición de toda forma de trabajo que afecte a los derechos de los trabajadores como la intermediación laboral y la tercerización⁴³. Se establece también que el salario que recibe una persona debe cubrir sus necesidades básicas, aunque en este último punto no se establecen los mecanismos ni la base que fijará este salario básico⁴⁴ para que no tenga consecuencias negativas en la economía.

De igual manera, la Constitución del 2008 toma en cuenta los derechos laborables de los grupos de atención prioritaria. En la Constitución de 1998 solo se incluye en estos grupos a las mujeres a quienes se garantizaba la igualdad de condiciones para acceder a cualquier empleo, además se contemplaban sus derechos laborales y reproductivos, pero no se reconocía como en la Constitución actual el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano, lo que favorecería a mejorar la situación y condición de vida de las mujeres, cuyo ingreso en la seguridad social sería progresivo, especialmente en los sectores populares y campesinos, donde las mujeres no

43 *Ibidem.*, artículos 326, 327.

44 *Ibidem.*, artículo 328.

pueden acceder a servicios de salud y dependen expresamente de la voluntad de sus parejas lo que las vuelve vulnerables⁴⁵. Según el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) en Ecuador alrededor del 50 por ciento⁴⁶ de las mujeres en edad productiva están bajo esta condición.

En cuestiones de género se reconoce derechos que buscan la igualdad entre hombres y mujeres y, por un lado, se contemplan los derechos de paternidad y, por otro, se impulsa la “corresponsabilidad y reciprocidad de hombre y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares”⁴⁷.

Otro grupo de atención prioritaria que se beneficia de la Constitución del 2008 es el de las personas con discapacidad, ya que se registran avances en su inserción laboral. Se establece la prohibición de pagarles menores remuneraciones, lo cual dignifica su calidad de vida, permite su integración y les da mayores oportunidades de desarrollar sus proyectos desde sus virtudes y potencialidades.

Finalmente, en la Constitución del 2008 se toma en cuenta a los migrantes ecuatorianos, que según estimaciones representan el 10 por ciento⁴⁸ de la población económicamente activa del país, y se plantea velar por el cumplimiento de sus derechos laborales mediante convenios con los países de destino y que, en algunos casos, les permitan regularizar su situación legal⁴⁹.

En relación a todas las constituciones analizadas en las que se protegen lo derechos de los trabajadores, adicionalmente en Ecuador y Bolivia se vela por la protección de los derechos de los trabajadores, en relación al ambiente de trabajo, a la no discriminación de género, la protección a los derechos reproductivos y la inclusión de los jóvenes en el sistema productivo.

3.8 Sectores estratégicos

Respecto a los sectores estratégicos, al igual que la Constitución de 1998, en la nueva Constitución se responsabiliza al Estado de proveer de los ser-

45 *Ibidem.*, artículo 333.

46 Sistema Integrado de Indicadores Sociales (SIISE).

47 *Ibidem.*

48 Nicole Pérez, Disertación de grado, *La evolución del perfil socioeconómico del emigrante ecuatoriano y su impacto en la tendencia de las remesas periodo 1990-2003*, Facultad de Economía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, noviembre del 2004.

49 Constitución del 2008, artículo 329.

vicios públicos de agua potable, saneamiento riego, energía eléctrica, telecomunicaciones, viabilidad y facilidades portuarias. Igualmente se mantienen los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, continuidad y calidad⁵⁰.

Las nuevas aportaciones que se dan son principalmente en relación a la gestión de los recursos en relación a lo cual se plantea la constitución de empresas públicas para el manejo de los sectores estratégicos, manteniendo siempre los principios de responsabilidad intergeneracional y ambiental; además se define que el agua es un patrimonio nacional estratégico y de uso público por lo cual se prohíbe toda forma de privatización de la misma.

En Venezuela también se plantean la intervención estatal en los sectores estratégicos de la economía, pero se añade expresamente el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas, mientras que en Ecuador se plantea promover acciones para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial y se fomenta el comercio justo y las exportaciones ambientalmente responsables.

En cambio, en relación a Bolivia, en las dos constituciones se busca una economía solidaria, en la que el Estado implemente mecanismos que logren mejorar la distribución de la riqueza, que ayuden a los pequeños y medianos productores y que administre y brinde los servicios relativos a los sectores estratégicos.

IV. A modo de conclusiones...

(1) Es importante reconocer los cambios que se han logrado incluir en la nueva Constitución en la que la premisa principal es tomar al ser humano como el objetivo y fin del desarrollo, lo cual se conjuga con responsabilidad social y ambiental en todas las actividades económicas.

(2) A pesar de que se plantea el modelo de desarrollo como un instrumento innovador, es necesario reflexionar si aparte de lo aportes que buscan

50 *Ibidem.*, artículo 313.

una economía más justa y solidaria, muchos de los objetivos, principios y formas de actuación de esta estructura han existido en Ecuador en los pueblos y comunidades de una manera espontánea y diversa y si se han mantenido durante décadas, muchas veces como formas de subsistencia y resistencia que, finalmente, han logrado ser visibilizados en esta Constitución.

(3) El retomar la planificación es otro de los puntos destacados de la esta nueva Constitución ya que es un mecanismo necesario para plantear el desarrollo del Ecuador de una manera estructurada y también una forma de controlar los gastos estatales en políticas de mediano plazo que no se ajusten a coyunturas y que eviten la corrupción en el sector público.

(4) Por el lado de la inversión y el mercado, la nueva propuesta intenta frenar los abusos por parte de ciertos sectores económicos de poder mediante regulaciones en relación a las formas de trabajo y a los incentivos de la producción, lo cual favorece a los pequeños y medianos productores e incentiva a una economía más solidaria, en la que se respetan los derechos de los trabajadores.

(5) En relación al gasto público, se ha podido demostrar que éste genera una serie de beneficios a la población pero es importante planificarlo de una manera que los recursos utilizados de manera eficiente no sean meros generadores de inflación o desviados mediante corrupción. Además, es importante que las finanzas públicas establezcan mecanismos eficientes de generación de ahorro e inversión que puedan efectivizar realmente los planteamientos del Régimen de Desarrollo, especialmente en la actualidad en que los ingresos del petróleo están disminuyendo por la crisis financiera de EE. UU ya que la economía del Ecuador depende del petróleo y donde además el segundo rubro más importante de la balanza de pagos son las remesas de los migrantes que también se ven afectadas por esta crisis que a su vez influyó al sector de la construcción especialmente en España.

(6) No existe un solo camino que conduzca al desarrollo, por lo cual es necesario generar mecanismos innovadores que se adapten a nuestra cultura y geografía, consecuentes con los planteamientos de la Constitución que

generen la infraestructura necesaria y los cambios progresivos que se requieren para salir de los problemas más graves como la pobreza que ataca a la mayoría de población ecuatoriana.

(7) Finalmente, la nueva Constitución no es la única solución a todos los problemas económicos y sociales del Ecuador, pero es promotora de cambios y impulsadora de solidaridad, por lo cual es necesaria la voluntad civil y política para poder generar los cambios y para que se hagan efectivas las propuestas y así construir un nuevo modelo de desarrollo basado en el buen vivir de los ecuatorianos, un modelo que acabe no solo con los problemas económicos del país sino también con problemas sociales como la división de las clases sociales en estratos que se ven entre sí con intolerancia como posibles amenazas a su bienestar individual.

V. Bibliografía

- Acosta Alberto, Breve Historia Económica del Ecuador, 1997
- Amartya Sen, Desarrollo y Libertad. Editorial Planeta, 2000
- Arturo Escobar, El “postdesarrollo” como concepto y práctica social. En Daniel Mato (coord.), *Política Economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*. Universidad Central de Venezuela, 2005, pág. 17-31, Venezuela
- Caicedo Millán y Alex Yamil, Economía internacional: perspectiva latinoamericana
- CEPAL (2005) “Balance preliminar de las economías de América Latina y Caribe” División de desarrollo económico de la CEPAL.
- Constitución de la República de Bolivia, diciembre 2007
- Constitución de la República de Colombia
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860
- Constitución de la República del Ecuador 1998
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Coleman, J (1988). “Social capital in the creation of human capital” American Journal of sociology, 94.

- Doryan Eduardo, *Economía y Reconversión Industrial*, 1993
- Nicole Pérez, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad De Economía, Disertación De Grado, *La Evolución del Perfil Socioeconómico del Emigrante Ecuatoriano y su Impacto en la Tendencia de las Remesas Período 1990-2003*, Quito, Noviembre 2004
- Pablo Dávalos, *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*, Ecuador, 2008
- Pauker Plitman Ruth, *La crisis bancaria*, fundación Friedrich Ebert, Quito, 2002
- Ranis, G y Fei, J.C.H (1961). "A theory of economic development" *American economic review*, 51: 533-565.
- Sachs Jeffrey, *Economía para un planeta abarrotado*, Mayo del 2008, Barcelona, Pág. 344-349
- Simón Cueva, *Diario Hoy*, De Bancos Centrales y Autonomía, Quito, 2008. En <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/de-bancos-centrales-y-autonomia-298074-298074.html>
- Sistema Integrado de Indicadores Sociales
- Teoría del desarrollo. (2008, 16) de octubre. *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 20:09, octubre 20, 2008, http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Teor%C3%ADa_del_desarrollo&oldid=21000368
- Williamson, J.H. (1997). "Globalization and inequality: past and present" *World bank research observer* 12. August, 117-135
- Tánger Michael, *The political economy of international and undeveloped countries*
- Tugores Ques Juan, *Economía internacional: globalización e integración regional*
- Varios Autores, *Revista de análisis político La Tendencia*, Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales (ILDIS), Quito, 2008.

La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008

Luis Fernando Ávila Linzán

“La Constitución es simplemente un papel que ha sido fuente de frustración durante mucho tiempo. Varios derechos han sido incluidos pero los pueblos continúan siendo excluidos, empobrecidos, invisibilizados y oprimidos. Estamos ante un nuevo tipo de constitucionalismo que implica un proyecto político de país diferente, otra forma de cultura, de convivencia, de territorialidad, de institucionalidad del Estado¹”.

Sumario

I. Introducción. II. Los cambios sustanciales generales de la justicia. 2.1. Estado constitucional de derechos y de justicia. 2.2. El sistema de justicia o sector justicia. 2.3. Despartidización de la justicia: la meritocracia. 2.4. La interrelación de las justicias: justicias indígena y de paz. 2.4.1. La justicia indígena. 2.4.2. Justicia de paz. III. Los cambios sustanciales específicos de la justicia. 3.1. Naturaleza jurídico-política del Poder Judicial. 3.1.1. Poder

1 Boaventura De Souza Santos, *Estados plurinacionales y Constituyente*, Agencia Latinoamericana para la Información (ALAI), Lina Cahuasquí, discurso editado, 8-may-2008, <http://alainet.org/active/23957>. Santos estuvo en la Asamblea Constituyente ecuatoriana el 18 y 19 de marzo de 2008 y visitó varias de las mesas de Derechos y Justicia (1 y 8) (Departamento de Prensa de la Asamblea Constituyente, Boletín 671, *Experto en plurinacionalidad expone sus ideas en la Asamblea y La plurinacionalidad de debate en la Asamblea*, 19-mar-2008).

o función judicial. 3.1.2. Origen nacional o popular. 3.2. Independencia judicial. 3.3. Autonomía de la Función Judicial y el presupuesto de la justicia. 3.4. Gratuidad de la justicia. 3.4.1. Costos reales de la justicia. 3.4.2. Defensoría Pública. 3.5. Principios de la administración de justicia y principios de la Función Judicial. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

El 15 de abril de 2007, en consulta popular, los ecuatorianos decidimos la convocatoria a una Asamblea Constituyente y a un proceso de elección de asambleístas que ocurrió el 30 de septiembre de 2007. La Asamblea Constituyente asumió el mandato popular y culminó su misión de elaborar una nueva Constitución el 24 de julio de 2008. Esta Constitución fue aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008².

La nueva Constitución contiene cambios fundamentales respecto de la vida de los ecuatorianos y la institucionalidad estatal: (1) un nuevo modelo de desarrollo, con la inclusión de un sistema económico solidario y del buen vivir (*sumak kawsay*), sobre la base de un retorno a la planificación y la incorporación de la transparencia y participación social como instrumentos de gestión de la economía³; (2) el desarrollo de la justicia constitucional y las garantías, lo cual va de la mano con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad hacia la protección de los derechos; y (3) el mejoramiento de los mecanismos de democracia directa y la inclusión de la participación social como un poder de equilibrio y ejercicio de nuevas formas de representación⁴.

2 Diario El Comercio, *El TC publicará la Constitución el martes*, Quito, 16-oct-2008. Los resultados oficiales del referéndum fueron: 63,93% por el sí, 28,10% por el no, 7,23% por el nulo; y, 0,75% por el blanco. La Constitución fue promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

3 Véase en esta obra, Nicole Pérez, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*; y, Carolina Silva, *Los derechos y el régimen del buen vivir*.

4 Véase en esta obra, *Los nuevos horizontes de la participación*.

En este contexto, la administración de justicia y el derecho a la justicia se han constitucionalizado⁵, a pesar de la resistencia local de ciertos sectores⁶ y los discretos avances que, en materia de reforma judicial, ha presentado la región⁷. Vamos a analizar los avances y retrocesos en la Constitución de 2008, a partir de la identificación de los cambios sustanciales de la administración de justicia, que son aquellos que creemos fundamentales para asegurar una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente y el acceso sustancial a la justicia (constitucionalización material), más allá del simple texto constitucional (constitucionalización formal).

En este ensayo vamos a comparar los textos constitucionales de 1998 y 2008 del Ecuador, y de la Subregión andina (Bolivia⁸, Chile, Colombia, Perú y Venezuela). También haremos referencia a la Constitución de España por la influencia que ha tenido en los procesos constituyentes latinoamericanos. El estudio será exegético, con el fin de identificar los cambios sustanciales, a partir de un análisis crítico entre los avances y retrocesos de la nueva Constitución de 2008 de Ecuador.

Dividimos este ensayo en dos partes: (II) los cambios sustanciales generales; y, (III) los cambios sustanciales específicos. En la primera parte, nos referiremos a los cambios que afectan la estructura y diseño generales de la administración de justicia en el Ecuador; y, en la segunda parte, desarrollaremos los cambios concretos que permitirán la realización sustancial de sus fines.

- 5 José Zeitune, "Los estándares internacionales sobre administración de justicia", *Perspectivas* No.3, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (LASISL-SLADI), 2008, p. 4. <http://www.lasil-sladi.org/perspectivas3.pdf>.
- 6 Diario el Universo, *Corte Suprema elabora sus reformas constitucionales*, Guayaquil, 12-abr-2007; Diario el Universo, *Corte peregrina en Asamblea para frenar cambios anunciados*, Guayaquil, 17-jun-2008; Diario el Universo, *Se debatió nuevo sistema judicial*, Guayaquil, 18-jun-2008; Diario el Universo, *Mesa 3 avala Corte Constitucional como instancia de máximo nivel*, Guayaquil, 7-jun-2008; Diario el Universo, *El poder absoluto se concentrará en la nueva Corte Constitucional*, Guayaquil, 11-ago-2008; Diario el Universo, *Miembros de la CSJ renunciarán si gana el Sí*, Guayaquil, 10-sep-2008; Diario el Universo, *OEA respalda a la Corte de Justicia*, Guayaquil, 11-sep-2008.
- 7 Luis Pásara, "Justicia, régimen político y sociedad en América Latina", en *Revista Política y Gobierno*, V. X . Núm. 2, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, II semestre 2003, pp. 416-418.
- 8 Utilizaremos el proyecto de Constitución de Bolivia de 2008, el cual está pendiente de referéndum hasta el momento.

II. Los cambios sustanciales generales de la justicia

2.1. Estado constitucional de derechos y de justicia⁹

En el artículo 1 de la Constitución de 2008, se aumenta una frase trascendental a la definición del Estado: “El Ecuador es un Estado... constitucional de derechos y de justicia...”¹⁰. Esta frase pone al Estado como garante de los derechos constitucionales a través de la preeminencia del análisis jurídico de los conflictos individuales y sociales por sobre el político; y materializa la pluralidad como una puesta en igualdad de condiciones a los diversos sistemas jurídicos existentes en una sociedad plurinacional¹¹.

Si descomponemos esta frase, tenemos que el “Estado constitucional” pone a la Constitución como fuente principal de los derechos y obligaciones, somete a toda la actividad estatal y no estatal al contenido sustancial de las normas constitucionales; y, enfatiza el papel fundamental que tienen las garantías (legislativas, políticas y judiciales) y los jueces en la realización de los derechos constitucionales¹².

El “Estado de derechos” significa, por un lado, el reconocimiento de la pluralidad de sistemas de derechos (derecho indígena, derecho de equidad de la justicia de paz, derecho comunitario, derecho internacional de los derechos humanos) íntimamente relacionada con lo plurinacional; y, por el

9 Véase en esta obra, Ramiro Ávila, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*.

10 Constitución de 2008, artículo 1.

11 Boaventura De Sousa Santos, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 132; y Raúl Llasag, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Véase en esta obra, Raúl Llasag, *Plurinacionalidad y derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de 2008*.

12 En consecuencia, no tienen sentido en esta lógica la majestad de los organismos “supremos” y los “magistrados” (todos son jueces), pues las normas constitucionales ostentarían esta calidad. En el texto de la Constitución de 2008 se abandona la diferencias entre jueces y magistrados, lo cual busca tener un impacto simbólico y real en el compromiso por el cambio de los jueces y demás operadores de justicia.

otro, la centralidad y la supremacía material de los derechos establecidos en el texto de la Constitución.

Una posible lectura explica el “Estado de justicia” a partir del nuevo diseño de la administración de justicia que convierte a los jueces en creadores de derecho y garantes de los derechos¹³ y horizontaliza la judicatura a partir de la igualdad de los jueces¹⁴; a quienes corresponde un análisis judicial individual eficiente (justicia restaurativa) y la preeminencia del litigio con incidencia social (justicia distributiva)¹⁵. Otra lectura acerca la actividad estatal a una intención distributiva para asegurar el bienestar social (justicia social), en la que nos preguntamos si deben o no ser justas —o éticas— las instituciones político-sociales y la actividad estatal. En este estudio abordaremos lo atinente al diseño de la administración de justicia.

Esta novedosa naturaleza del Estado no ha tenido total eco en las constituciones de la subregión. Lo más cercano se da en Venezuela, donde se consagra el “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, lo cual ha llevado a la interpretación por parte de la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a interpretar que “Estado de derecho y justicia” hace referencia a la obligación estatal de garantizar el acceso, formal y material, a la justicia¹⁶. El artículo 1 del proyecto de Constitución boliviana establece, por su parte, que el Estado es “Unitario Social de Derecho Plurinacional”, sin considerar el elemento justicia como límite y fundamen-

13 Juan Montaña, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ramiro Ávila y otros (eds.), *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos: neoconstitucionalismo y sociedad, T. II, Quito, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 195.

14 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), 1993, p. 21. La horizontalidad pone a los jueces en igualdad, lo cual garantiza su independencia interna. Esto se opone a la realidad latinoamericana, según la cual, la judicatura ha sido vertical (altos magistrados y jueces), y en la que los jueces de primera instancia son controlados ideológica, doctrinaria y políticamente desde arriba. Esta estructura descrita es un rezago del régimen napoleónico de administración de justicia (tecno-burocrática).

15 Boaventura De Sousa Santos, *op.cit.*, p. 109.

16 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 708, expediente 00-1683: 10-may-2001.

to de la actuación estatal¹⁷. En España, la Constitución considera a la justicia una de las finalidades primordiales del Estado¹⁸.

Creemos que esta renovada naturaleza del Estado ecuatoriano constituye un fundamento adecuado para profundizar la constitucionalización material de la administración de justicia, sobre la base del acceso sustancial a la justicia, la centralidad de las personas y las colectividades frente a la actividad judicial, los derechos humanos y las garantías, la pluralidad jurídica y el acento sobre el litigio social¹⁹.

2.2. El sistema de justicia o sector justicia

La Constitución de 2008 incluye lo que se ha denominado “sistema de justicia” o “sector justicia”²⁰ que, más allá de la semántica, se refiere a la estructuración de los diferentes organismos estatales que tienen un rol determinado respecto de la justicia, a través de competencias de subordinación, coordinación y autonomía²¹. Las competencias de subordinación son detentadas por el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), las de coordinación se dan entre los organismos del sistema con el fin de operar integralmente; y las de autonomía, en el ámbito de sus exclusivas competencias por el criterio de especialidad. Estas competencias son político-administrativas, pues se entiende que en lo atinente a las competencias jurisdiccionales, operan los principios de independencia y autonomía, vertical y horizontal, interna y externa.

A través de este mecanismo organizativo se busca realizar la justicia de manera integral, hacer más eficiente la actuación de los operadores de jus-

17 Proyecto de Constitución de Bolivia, 2008, artículo 1. Del análisis de este texto constitucional, el elemento clave aquí no es la pluralidad de sistemas de derechos como en el caso de Ecuador -los cuales están puestos al diálogo intercultural-, sino un derecho único estatal que tendría varias fuentes desde las nacionalidades y la diversidad.

18 Constitución de España, 1978, artículo 1.

19 Véase, Carolina Silva, “Garantía de los derechos ¿invencción o reconstrucción?”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

20 Constitución de 2008, artículos 167 al 193.

21 Red de Justicia-Coalición de organizaciones de la sociedad civil que trabaja para el mejoramiento y consolidación de la justicia, *Propuesta para la Asamblea Constituyente*, octubre de 2007. Esta estructura político-administrativa ha sido propuesta por varios sectores de sociedad civil en el Ecuador a través de esta Red de Justicia.

ticia, evitar los conflictos de competencia y la duplicidad de funciones. En el caso ecuatoriano (2008), las competencias de subordinación operan en favor del CNJ, de manera vinculante, respecto de los organismos del sector justicia en la determinación de las políticas de mejoramiento y modernización del sistema; la dirección de los procesos de ingreso, permanencia, promoción y salida (incluido el régimen disciplinario) de los servidores del sector, administrar la carreras judicial y fiscal; y la decisión sobre el presupuesto del sector, excepto de los organismos autónomos del sistema²². Las competencias de autonomía operan en favor de la Defensoría Pública y el Ministerio Público para conocer y aprobar la proforma presupuestaria²³. Sobre las competencias de coordinación, la Constitución guarda silencio y parece dejarlo, tácitamente, a la ley.

Similar forma de organizar la administración de justicia es aplicada en las constituciones de Colombia y Venezuela. En el caso de Colombia, el primer criterio de clasificación ha sido por la jurisdicción, bajo control directo de las altas cortes (Cortes Suprema y Constitucional y Consejo de Estado), por lo cual, forman parte de la rama judicial las jurisdicciones: ordinaria, constitucional, contencioso-administrativa y especiales²⁴. Luego, también están, en un régimen de control indirecto –participa en su integración–, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura²⁵.

Respecto de Venezuela, el sistema de justicia está conformado por: “... Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias judiciales, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio...”²⁶. En este caso, notamos que la normativa de todas las instituciones del sistema, excepto los de la judicatura, no están dentro de un mismo capítulo y que,

22 Constitución de 2008, artículo 181.

23 *Ibidem*, artículo 181.2.

24 Constitución de Colombia, 1991, artículos 234-248.

25 *Ibidem.*, artículos 249 y 254.

26 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 253.

por otro lado, el Tribunal Supremo de Justicia no participa en la integración de algunos órganos tales como el Ministerio Público²⁷; pero sí tiene competencias en la organización y gobierno del sistema y la dirección de las defensorías públicas²⁸. En la medida que el órgano máximo (la Corte Suprema o el CNJ) participe políticamente en la integración de los otros organismos del sistema de justicia, la funcionalidad del sistema tiene mayor viabilidad. Según esto, el modelo colombiano tiene mayores posibilidades que el venezolano.

En el modelo venezolano, como novedad se incluye como parte del sistema de justicia a "...los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio..."²⁹. Esta inclusión *a priori* no se presenta como técnica, puesto que no diferencia entre la institucionalidad (sistema-operadores) y las personas y colectividades (beneficiarios-usuarios del sistema). Pero, un análisis más detenido permite advertir que esta inclusión tiene potencialidades democratizadoras de la justicia, pues rompe el institucionalismo y pone en el centro a las personas que están detrás de los organismos judiciales: servidores judiciales y abogados y colaboradores de la justicia, tales como los estudiantes y los pasantes. No obstante, aún esta aspiración es solo declarativa, puesto que no ha logrado ser desarrollada en la legislación judicial³⁰.

Ahora, la Constitución de 2008 no es clara en establecer la rectoría del sistema en favor del CNJ, puesto que no le permite participar en la integración de los otros organismos del sistema, lo cual va a generar conflictos de competencia, pues todos los organismos aparecen con igual jerarquía en su origen. Esta situación puede desvirtuar la finalidad que se busca con el sistema o sector justicia³¹.

27 *Ibidem.*, artículo 273. El Ministerio Público forma parte del Poder Ciudadano (Art. 273) y es elegido a instancia del Poder Ciudadano de los postulantes elegidos por el Comité de Postulaciones Judiciales. La Asamblea Nacional elige de las listas depuradas (Arts. 253 y 284).

28 *Ibidem.*, artículo 253.

29 *Ibidem.*, artículo 253.

30 *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Gaceta Oficial 37942: 20-may-2004; y, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Gaceta Oficial 5262: 11-sep-1998.

31 Constitución de 2008, artículos 208.11 y 208.12. No obstante, todos los organismos de la justicia tienen la misma fuente en su integración a cargo del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social excepto, el Sistema de Rehabilitación Social que tiene su origen en el Ejecutivo.

Otro de los problemas es la ausencia de un mecanismo de coordinación entre los miembros del sistema. Se pudo constitucionalizar un organismo de coordinación permanente con el fin de dictar las políticas del sistema, lo cual permitiría articular las acciones de los distintos organismos pero sin desconocer su autonomía. O, al menos, se pudo centralizar en el CNJ la competencia de dictar estas políticas vinculantes para todos los organismos del sistema que no contempla con claridad el artículo 181.1 ya comentado³². Un ejemplo de esta desarticulación se presenta en la separación entre jueces-judicatura y fiscales-fiscalía que se nota a lo largo del texto de la Constitución. Así, por tomar un caso, tenemos que mientras el artículo 181.4 se le da al CNJ la competencia de administrar la carrera judicial –del sistema de justicia, no de los jueces–; en el artículo 197 se reconoce y garantiza la carrera fiscal, la cual no está decididamente bajo control del CNJ.

En realidad, para que el sistema de justicia sea viable es necesario que un solo organismo se haga cargo de manejar la carrera judicial, entendida ésta como de toda la Función Judicial, es decir, jueces, fiscales, defensores públicos, servidores judiciales y auxiliares. Este organismo debe ser el CNJ. Seguramente, el Ministerio Fiscal quiera administrar directamente la “carrera fiscal”. Para solucionar esta cuestión, la ley debe implementar algún nivel de participación y/o coordinación del Ministerio Público en la carrera de los funcionarios de la Función Judicial, a través de un organismo coordinador, consultivo o asesor de las políticas del CNJ. La Red de Justicia ha hecho una propuesta en este sentido³³.

Este mecanismo tendría validez gracias a la norma de remisión legal contenida en el artículo 181 de la Constitución de 2008: “Serán funciones del Consejo Nacional de la Judicatura, además de los que determine la ley...”³⁴. La ley puede desarrollar estos mecanismos de coordinación que minan el funcionamiento sistémico de la justicia.

Adicionalmente, un aspecto positivo del sistema de justicia de la Constitución de 2008 es la inclusión de todos los estamentos que administran

32 *Ibidem.*, artículo 181.1.

33 Red de Justicia-Coalición de organizaciones de la sociedad civil que trabaja para el mejoramiento y consolidación de la justicia, *Propuesta para la Asamblea Constituyente*, octubre de 2007.

34 Constitución de Ecuador, 2008, artículo 181.

justicia. Uno de estos estamentos es el servicio notarial³⁵, el cual se ha mantenido como un *ghetto* privatista y rezago histórico de la vieja judicatura del derecho colonial³⁶, sin ningún control de idoneidad y calidad en el servicio, y sin la fijación de costos razonables para el servicio notarial. Esta inclusión no consta en los textos constitucionales que hemos tomado para la comparación.

No obstante, a pesar de que el control estatal de la actividad notarial se presenta como una demanda social importante, no debe desconocerse, por otra parte, que también ha sido una forma de protección de las actividades de mercado frente a la burocratización que ha afectado históricamente a lo público. En realidad, el servicio notarial ha sido relativamente eficiente y el problema actual es el excesivo lucro en favor de los notarios. Devolver el servicio notarial a lo público puede implicar algunas complicaciones que deben tenerse en cuenta, tales como, la distribución del trabajo notarial en términos de igualdad y carga real de trabajo, la evaluación de la gestión notarial, y la fijación de remuneraciones u honorarios que resulten razonables y mantengan la eficiencia y el principio de solidaridad en el caso de las notarías más pequeñas.

2.3. Despartidización de la justicia: la meritocracia

El proceso constituyente profundizó la reforma judicial que comenzó en las reformas constitucionales de 1992 y 1996, y continuó en la Constitución de 1998. Esta reforma ha transformado las relaciones entre política y derecho. Pensamos que la justicia debe politizarse en el sentido de focalizar la actividad judicial en los conflictos socialmente relevantes y no únicamente en la defensa de la propiedad y los propietarios: el derecho debe abrirse, además, al análisis político, por fuera de las normas positivas. Tradicionalmente, lo judicial ha sido un reducto del derecho completamente cerrado a la injerencia de lo político³⁷.

35 *Ibidem.*, artículo 181.1.

36 John Phelan, *El Reino de Quito en el siglo XVI*, Banco Central del Ecuador, 1998. Los cargos públicos, entre ellos los de la judicatura, eran vendidos por la Corona. Éstos, a su vez, eran comprados, en su mayoría, por los criollos como una forma de negocio y de prestigio que los posicionaba en una sociedad profundamente corporativista.

37 Luis Fernando Ávila Linzán, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Lo político no se refiere a los partidos o al proselitismo

En esta nueva Constitución, el derecho permite la ampliación del espacio de lo político, al encomendar a la justicia el control de toda la actividad estatal y no estatal, lo cual pone a todos los jueces a la decisión de conflictos político-sociales complejos y no simples conflictos *interpartes* referidos sólo de la defensa del *statu quo*³⁸.

No obstante, en el discurso público la consigna ha sido “despolitizar la justicia”, vale decir, impedir que los partidos políticos, y detrás ellos los grupos de interés, puedan intervenir en la decisión de los jueces³⁹. Nosotros preferimos hablar de “despartización de la justicia”⁴⁰, pues propugnamos la “politización de la justicia” en el sentido ya anotado. La “partidización de la justicia” ha sometido el ejercicio mismo de los derechos al clientelismo y a los intereses particulares en detrimento de la justicia. Este afán por “despartidizar la justicia” exige una integración no discriminatoria, participativa, transparente y por méritos (meritocracia o democracia por méritos) de todos los organismos judiciales, la limitación de la participación política (proselitismo) de los jueces, y la transparencia y el control social de la actividad judicial con el fin de garantizar su independencia e imparcialidad.

político ni se agota en ellos. Se entiende lo político como un espacio de debate continuo sobre los conflictos sociales relevantes. De cara al derecho, este espacio es de reconocimiento y mejoramiento de los derechos: la judicatura es uno de los lugares predilectos.

38 Constitución de 2008, artículo 94. De manera especial, se fortalece la justicia constitucional a través de la acción de protección extraordinaria respecto de la violación de derechos en las sentencias ordinarias. Esta forma de control se aplica con éxito en las constituciones de Bolivia (el proyecto), Colombia, España, Perú y Venezuela: Bolivia, 2008, artículo 212.8; Colombia, 1991, artículo 241.9; España, 1978, artículo 161.1.b y artículo 44 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España*, Ley 2, BOE 239: 5-oct-1979; Perú, artículo 4 del *Código de Procesal Constitucional*, Ley 28237: 30-may-2004; y Venezuela, 1999, artículo 336.10.

39 Diario El Hoy, *¡Hasta las vacas vuelan!*, Quito, 24-ene-1996; Hernán Rivadeneira, “El Tribunal Constitucional despolitizado”, Revista Judicial, www.derecho.org; Diario El Hoy, *Cómo despolitizar la justicia*, 18-abr-1997; Bayardo Moreno, *La despolitización de la justicia*, <http://www.dlh.lahora.com.ec>.

40 Se toma la injerencia de los partidos políticos en la justicia como una lucha emblemática, pero es posible que esta injerencia se la haga desde otras estructuras, tales como los movimientos políticos, los movimientos religiosos, iglesias, fuerza pública, gremiales, ong’s, o similares. Esta vinculación entre injerencia en la justicia y los partidos políticos está dada por su participación en la integración de la Función Judicial y los escándalos por actos de corrupción promovidos por varios sectores judiciales manejados públicamente por determinados líderes políticos.

A este respecto, el énfasis meritocrático de la Constitución de 2008 supera lo establecido en la de 1998, pues dispone un novedoso proceso jurídico-político, por méritos y de participación social para la selección de los jueces de las altas cortes⁴¹ y demás funcionarios de la justicia, pues se fijan las bases para un servicio judicial regido por concursos de méritos y oposición, dentro de un período de selección y formación previa, para los servidores judiciales, a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura⁴². Además, como principio general, se limita la participación y el proselitismo político o religioso de los jueces al momento del ejercicio de sus cargos⁴³.

El mecanismo descrito es similar al que sirvió para la integración de la Corte Suprema actual y se presenta como un avance importante para garantizar la independencia y la “despartidización de la justicia”⁴⁴; sin embargo, no debe olvidar que tiene limitaciones importantes, respecto a la publicidad de las impugnaciones, la participación social, transparencia y rendición de cuentas, y valoración de los perfiles de los elegibles, entre otros puntos bajos, que hicieron cuestionables algunas de las decisiones de la Comisión nombrada para la integración referida. Incluso, la misma integración de la Comisión y el profesionalismo e independencia de las auditoras contratadas para calificar a los aspirantes fueron cuestionados⁴⁵.

Tampoco debe perderse de vista el peligro de caer en el elitismo, mucho más en un país como Ecuador, donde la formación en el sistema educativo adolece de graves deficiencias, lo cual acentuaría la desigualdad social y pri-

41 Constitución de 2008, artículos 183 y 434.

42 *Ibidem.*, artículo 181.3.

43 *Ibidem.*, artículos 174 y 433.5. Se restringe la integración de la Corte Constitucional a quienes no hayan formado parte de la directiva de un partido o movimiento político en los diez años antes del ejercicio de la judicatura. Por otro lado, se mantiene la inhabilidad del artículo 101.3 de la Constitución de 1998 respecto de los jueces para la participación y proselitismo luego de seis meses del desempeño del cargo y antes de la fecha de la elección (Art. 113.4.).

44 Crithian Bahamonde, ponencia sobre “Participación ciudadana y reforma judicial”, XII Curso Internacional “Independencia judicial, derechos humanos y carta democrática interamericana, Cartagena de Indias, 4-ago-2006.

45 Diario El Universo, *Elección de CSJ puede tardar hasta tres meses*, 23-may-2005; Diario El Universo, *Estartellas: es prevaricato separar a ex magistrados de la CSJ sin previa revisión*, 3-ago-2005; Diario El Universo, *Jueces nuevos, pero con viejos nexos políticos*, 4-dic-2005.

vilegiaría el acceso a la judicatura de una elite educada y aristocrática, ajena por completo a la realidad social.

Frente a esto, sólo la Constitución venezolana contiene normas similares, incluso, de más amplio espectro respecto de la “despartidización de la justicia”, pues prohíbe “llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante”⁴⁶. Mientras, que la integración de las altas cortes está sometido a un proceso de selección por ternas a instancia del Comité de Postulaciones Judiciales y el Poder Ciudadano que hacen una preselección para que la Asamblea Nacional haga la selección final⁴⁷. En Venezuela, el mecanismo es meritocrático, pero sólo al inicio, luego decide políticamente la Asamblea Nacional.

Por su parte, en el proyecto de Constitución de Bolivia, se adopta un sistema radical para la selección de los jueces: la elección popular con un componente de cuota obligatoria de integración paritaria indígena en las altas cortes⁴⁸. El sistema de jueces electos no es del todo nuevo, puesto que se ha aplicado en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y en algunos estados de los Estados Unidos de América⁴⁹, pero presenta cuestionamientos importantes a pesar de su apariencia democrática. Así, se colocaría a los jueces de origen popular y no meritocrático frente a conflictos individuales y colectivos que cobijan intereses controvertidos, lo cual puede someterlos al juego de las mayorías y a sus compromisos y expectativas políticos individuales o de grupo, en detrimento del derecho y en beneficio de la supremacía absoluta de la política⁵⁰. Por otro lado, la comunicabilidad abierta y explícita de los jueces con agentes externos (partidos, movimientos y grupos de interés) pudiera abrir un espacio de manipulación política y de incentivo de la corrupción judicial. Sin embargo, respecto de los jueces de paz, este principio se relativiza, puesto que su naturaleza no se relaciona directamente con sus méritos, sino con su cercanía, vecindad y prestigio

46 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 256.

47 *Ibidem.*, Art. 264.

48 Proyecto de Constitución de Bolivia, 2008, artículo 192.

49 Pedro Fernández de Córdova, Estudios de derecho comparado, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

50 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.

social como fuente de legitimidad frente a los conflictos individuales y colectivos que se tienen que decidir por equidad y, no necesariamente, por las normas del derecho estatal.

En los márgenes de lo tradicional, en Chile, Colombia, España y Perú, el mecanismo de elección de la institucionalidad judicial es, en mayor o menor medida, político, pues son los poderes del Estado quienes nominan a los candidatos para que sea el Parlamento quien elija en definitiva. Esto no quiere decir que no existan mecanismos meritocráticos para la integración de los organismos judiciales, sino que no constan en el texto constitucional y la participación de los poderes estatales es directa y definitiva en la selección⁵¹. Sin embargo, no existe una relación directa entre la incorporación en el texto constitucional de un régimen meritocrático y la eficiencia de la Administración de Justicia. De hecho, Chile, Colombia y España, quienes integran sus organismos con la participación cerrada de los poderes estatales, constan entre las judicaturas más consolidadas de Iberoamérica.

En el caso ecuatoriano (2008), el procedimiento es de énfasis meritocrático y es el Consejo Nacional de la Judicatura el que elige finalmente a la Corte Nacional de Justicia⁵². Sin embargo, más allá de estas limitaciones fácticas, desde el simple análisis normativo existen posibles puntos de quiebre del diseño de los mecanismos de la meritocracia constitucional del Ecuador. El principal de ellos es la incorporación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social⁵³, en la integración de las altas

51 Constitución de Chile, 1980, artículos 75 y 81; Constitución de Colombia, 1991, artículo 239; Constitución de España, 1978, artículo 159; Constitución del Perú, 1993, artículo 201. En los casos de España y Perú, sus constituciones sólo regulan la designación de los tribunales constitucionales, pero no de Tribunal y la Corte Supremos, lo cual está relacionado con los principios de carrera judicial, la independencia judicial y la cooptación como sistema de elección que, en el caso ecuatoriano está elevado a rango constitucional: en la de 1998, en el artículo 202. En la Constitución de 2008, se somete a los jueces de la Corte Nacional de Justicia a un período de nueve años, de acuerdo al artículo 183.

52 *Ibidem.*, artículo 183.

53 Constitución de 2008, artículo 183. Este artículo establece que los jueces de la Corte Nacional serán elegidos por el Consejo Nacional de la Judicatura, el cual, a su vez, es elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Arts. 180 y 210.12). Este Consejo será integrado por un proceso dirigido por el Consejo Nacional Electoral de los candidatos presentados por las organizaciones sociales y los ciudadanos (Art. 207). El Consejo Nacional Electoral es elegido por

cortes y autoridades del sistema judicial, entre ellos, el Consejo Nacional de la Judicatura. Este Consejo de Participación no tiene un origen, en principio, ni popular ni meritocrático; sino que provendría de un espacio corporativo-disperso⁵⁴.

La clave para que funcione este mecanismo está en la exigencia de candidatos idóneos para el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una gran estima moral y ética, profesionalismo y méritos personales en su vida pública y privada, por fuera de los partidos y el proselitismo político⁵⁵. Además, es indispensable una alta dosis de madurez política, de un sistema de partidos fortalecido; y, ética y compromiso social de la sociedad civil para actuar responsablemente y exigir transparencia en el proceso de selección de los jueces en salvaguarda de la independencia judicial. Esto es importante en la integración de las altas cortes, pues ellos deben desarrollar el nuevo derecho a partir del renovado rol que la nueva Constitución les otorga; y, en el caso de los demás jueces, en la realización cotidiana de la justicia en favor de las personas y colectividades.

2.4. La interrelación de las justicias: justicias indígena y de paz

La pluralidad pone a los sistemas de derechos y de justicia abiertos a una relación de interculturalidad o de diálogo (polílogo) cultural⁵⁶. Se reconoce

el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, este Consejo llamará a elecciones generales luego de aprobada la Constitución, para que se nombre el Consejo Nacional de la Judicatura, luego de instaladas las funciones se realizará la elección de la Corte Constitucional de acuerdo a la Constitución. La Corte Constitucional es integrada por candidatos elegidos por una Comisión formada por los poderes del Estado previo a un concurso público, transparente y participativo (Art. 434).

54 *Ibidem.*, artículo 207. Para el caso de la Corte Constitucional es una mixtura meritocrático-política, pues es una comisión calificadoradora integrada por las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Control Social que organiza un concurso público de méritos y oposición, con control social. Esto tiene explicación en el origen semicorporativo de algunas instituciones, como el Tribunal Constitucional; y, por la urgencia política de conformar una función de control por fuera de los partidos y movimientos políticos.

55 *Ibidem.*, artículo 434. Véase en esta obra, Claudia Escobar, Del Tribunal a la Corte: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?

56 Josef Estermann, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998. pp. 13-45.

el diálogo intercultural en todas sus dimensiones, como un derecho, dentro de los derechos a la educación, para “interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende”⁵⁷.

De esta pluralidad, que va de la mano del reconocimiento de la plurinacionalidad⁵⁸ y del imperativo de garantizar el acceso a la justicia que se desprende de varias normas de la Constitución del 2008⁵⁹, aparecen dos formas de derecho y de justicia reconocidas: por una parte, la justicia indígena y el derecho propio; y, por otro, la justicia de paz y la equidad⁶⁰.

En el primer caso, el acento recae sobre la plurinacionalidad como fuente inmediata de un sistema de derecho y justicia, cuyos límites están definidos por la experiencia y la filosofía de vida de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas: la justicia indígena⁶¹. En el segundo caso, es la existencia de normas convencionales, de la equidad y una justicia informal y cercana a la realidad cotidiana de las personas y colectividades, lo que delinea la justicia de paz. Ambas la consideramos formas de desregularización y promoción de una justicia emancipadora⁶². Es decir, se propicia la aplicación de otras normas distintas a las estatales, en razón de su cercanía con la realidad de determinadas personas y colectividades. Esto tiene dos consecuencias notables y democratizadoras: el acceso sustancial a la justicia –no sólo formal o retórico–, y la visibilidad de la diversidad cultural-jurídica que permitirá aprendizajes culturales mutuos entre lo indígena y lo mestizo.⁶³

57 Constitución de 2008, artículo 28. Este derecho está dentro del derecho a la educación, pero establece la posibilidad de promover el diálogo intercultural, el cual puede extenderse más allá del ámbito exclusivo de la educación por vía de interpretación judicial.

58 *Ibidem.*, artículo 1.

59 *Ibidem.*, artículos 168.4.5.6, 169, 171, 175, 189, y 191.

60 *Ibidem.*, artículo 189.

61 *Ibidem.*, artículo 171.

62 Raúl Llasag, “Plurinacionalidad: una propuesta emancipadora”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 343; Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*, p. 177.

63 *Ibidem.*, y Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*

2.4.1. La justicia indígena

El marco general del reconocimiento de la justicia indígena se encuentra en los artículos 5 y 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶⁴, que lleva al artículo 171 de la Constitución de 2008 a desarrollar algunos aspectos claves sobre la justicia indígena, ya reconocida por el artículo 191 de la Constitución de 1998: (1) existencia de sistemas de derecho distintos al estatal; b) obligatoriedad de las decisiones de la justicia indígena; (2) establecimiento de los derechos humanos y la participación de las mujeres como estándar de referencia⁶⁵; y, (3) sometimiento a control constitucional de las decisiones de la justicia indígena⁶⁶.

Esto difiere del proyecto de Constitución de Bolivia, en el que se amalgama lo indígena y lo mestizo en toda la institucionalidad constitucional que va más allá de la adición del adjetivo “plurinacional” al nombre de las instituciones. A este respecto, puede considerarse el modelo boliviano como una propuesta plurinacional de vanguardia. Por ejemplo, en el texto constitucional se encuentra, dentro del estatuto de derechos constitucionales, un capítulo sobre los “derechos de las naciones y pueblo indígena originario campesinos”⁶⁷. Algunos de estos derechos, además, se hallan incluidos dentro de los otros grupos que podemos denominar de “derechos clásicos”, como por ejemplo, dentro de los derechos civiles se encuentra el de *autode-*

64 Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 61/295: 2-oct-2007.

65 Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio 169 de la OIT*, 1992, Art. 8 y 9; y Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 61/295, 2-oct-2007, Art. 22 y 34. En estos instrumentos se pone como límite del reconocimiento de los sistemas, procedimientos, costumbres e institucionalidad de los pueblos indígenas y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este sometimiento a los derechos humanos ha sido criticado, puesto que éstos responden a una visión eurocéntrica y no necesariamente son universales, tal como lo hace notar Juan Montaña (Juan Montaña, op.cit., p. 210). No obstante, son las reglas más cercanas al consenso mundial que garantizan una ética de mínimos que puede evolucionar de manera no regresiva a través de la interpretación legislativa y jurisprudencial. Además, de acuerdo a lo que hemos venido tratando, esto pone a las justicia en condiciones de igualdad para el diálogo intercultural al someterlos a los mismos límites.

66 Constitución de 2008, artículo 171.

67 Constitución de Bolivia, 2008, artículos 30-32.

finirse, el cual, tradicionalmente, estuvo considerado dentro de los llamados “derechos colectivos”⁶⁸.

La misma lógica sigue, en este proyecto, la integración de los organismos, por lo cual propone una cuota obligatoria de indígenas en la integración de las altas cortes⁶⁹ y luego reconoce una jurisdicción especial indígena respecto de la cual, de la misma manera que la Constitución ecuatoriana del 2008, consagra su derecho propio. Incluso, se intenta darle algún contenido mínimo a este sistema de derecho: principios, valores, normas y procedimientos propios.

En el caso boliviano, sin embargo, no quedan claros los límites en la interpretación de los derechos desde la jurisdicción indígena, puesto que sus decisiones no están sometidas a un control constitucional obligatorio ulterior lo cual puede generar conflictos jurisdiccionales y culturales. Es interesante el límite en los derechos constitucionales a través de la interculturalidad como un principio de la potestad estatal de administrar justicia, y la interpretación intercultural de la Constitución⁷⁰.

En la Constitución del Perú, se reconocen las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas, limitadas por los derechos fundamentales, y se añade algo que escapa a las constituciones hasta aquí comentadas, la interrelación entre justicia campesina y nativa y la justicia de paz⁷¹. En el Perú, el desarrollo de la justicia indígena se está gestando por vía jurisprudencial⁷².

Colombia reconoce la jurisdicción especial indígena⁷³, pero se limita el rango de validez de las normas y procedimientos indígenas a la

68 *Ibidem.*, artículo 21.

69 *Ibidem.*, artículos 192.I y 206.I.

70 *Ibidem.*, artículos 199.II y 188.

71 Constitución del Perú, 1991, artículo 149.

72 Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, sentencia RN. 975-04: 9-jun-2004. Es célebre la denominada sentencia *ronderos*, en la cual la Corte Suprema de Justicia reconoce la jurisdicción penal indígena que escapa de las previsiones de los códigos penal y de procedimiento penal, y aceptó que los encausados sean condenados a una “cadena ronderil, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades”.

73 Constitución de Colombia, 1991, artículo 246. En esta Constitución se establece la participación de los pueblos indígenas en la integración del senado (Art. 171), y el intento de incorporación a la nacionalidad por adopción de los indígenas transfornterizos de acuerdo a la reciprocidad entre los Estados (Art. 96).

Constitución y a las leyes. En la Constitución venezolana, se limita la jurisdicción indígena a que no vaya en contra del orden público y que sus decisiones solo afecten a las comunidades en su *hábitat*⁷⁴. La Constitución venezolana es la más conservadora al momento de reconocer la justicia indígena, y se limita a hacerlo respecto de “instancias de justicia con base a sus tradiciones ancestrales”⁷⁵.

En las constituciones revisadas y que reconocen la justicia indígena, sólo el proyecto de Constitución boliviana establece una norma concreta de compatibilidad para prevenir y solucionar los conflictos con los otros órdenes de justicia. Se incorpora un mecanismo consultivo en el caso de que las autoridades indígenas presenten dudas en la aplicación de sus normas jurídicas en un caso concreto. Una vez resuelta la consulta, será obligatoria⁷⁶. Entonces, en un Tribunal Constitucional de integración plurinacional, se discutirán los conflictos de competencias, y allí se hará valer un sistema de derechos con prioridad al otro de acuerdo al caso concreto y no a través de la supremacía *ipso facto* de uno u otro sistema de acuerdo a lo establecido en las normas positivas, el cual, generalmente, es el mestizo frente al indígena. Sin embargo, pensamos que el carácter consultivo y no obligatorio de este mecanismo lo debilita.

Tal como hemos podido observar, la Constitución ecuatoriana de 2008 recoge gran parte de la normativa comparada respecto de la justicia indígena e incluso establece dos mecanismos para prevenir conflictos jurisdiccionales. El primero se refiere a la remisión a una ley que establezca la compatibilidad (norma conflictual o de compatibilidad)⁷⁷ entre la justicia indígena y la ordinaria. Y el segundo busca extender la supremacía de la justicia constitucional a las decisiones de la justicia indígena. Sin embargo, la Constitución deja una vez más a una ley el desarrollo de la justicia indígena.

74 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 260.

75 *Ibidem.*, artículo 260.

76 Constitución de Bolivia, 2008, artículos 200 y 212.9.

77 Este concepto de “norma conflictual” lo tomamos del Derecho Internacional Privado, según el cual, ésta se refiere a las normas internas de los Estados o interestatales que permiten solucionar conflictos de aplicación de las leyes. Por ejemplo, tenemos las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio de extranjeros del Código Civil, la doble nacionalidad de la Constitución, y las normas para evitar la doble tributación en el Área Andina.

na de manera parecida a lo que ocurrió en la Constitución de 1998, lo cual la pone en el centro del juego de las mayorías parlamentarias. Además la no integración plurinacional de la Corte Constitucional puede consagrar un fuerte control social de la justicia indígena que imponga patrones occidentales y mestizos.

Por otro lado, pareciera que el sometimiento de la justicia y el derecho indígena a los derechos humanos y los derechos de las mujeres excluiría la interpretación intercultural de los derechos constitucionales⁷⁸. No obstante, en la Constitución ecuatoriana del 2008 el denominado principio *pro homine*, según el cual se pueden reconocer nuevos derechos no establecidos en la Constitución si éstos están de acuerdo a la dignidad humana, se extiende a las “comunidades, pueblos y nacionalidades”⁷⁹, lo cual es complementado con el principio *pro constitucionalidad*, según el cual debe prevalecer la interpretación que más favorezca a su “vigencia efectiva”⁸⁰. Esto se fundamenta en la norma que establece la promoción del diálogo “intercultural en sus múltiples dimensiones” que interpretada integralmente, puede ser aplicado para interpretar interculturalmente los derechos⁸¹.

Por último, no debemos olvidar que la idea de sistematicidad que rodea al derecho mestizo como disciplina o como un derecho escrito puede ser extraño a la realidad y tradición de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aunque el reconocimiento de un “derecho propio” lo pone en el discurso a la par de los otros sistemas de derecho que coexisten en la sociedad⁸².

En lo jurídico-político, a pesar de los matices expuestos, la justicia indígena en la Constitución ecuatoriana del 2008 se presenta más fortalecida para el diálogo intercultural que en 1998.

2.4.2. Justicia de paz

Respecto de la justicia de paz, en la Constitución de 2008, el artículo 189 reafirma y desarrolla algunos aspectos de su reconocimiento formal estable-

78 Juan Montaña, *op. cit.*, p. 214.

79 Constitución de 2008, artículo 11.5.

80 *Ibidem.*, artículo 11.7.

81 *Ibidem.*, artículos Art. 11.5 y 11.6.

82 Josef Estermann, *op. cit.* pp. 13-45.

cido en la Constitución de 1998⁸³. El problema de la falta de desarrollo legislativo de la justicia de paz ha sido uno de las principales razones para que, finalmente, no haya superado la simple retórica constitucional. La Constitución del Ecuador de 1998 estableció, en su disposición transitoria trigésima tercera, que serían las tenencias políticas (autoridades locales de las parroquias, división político-geográfica básica), las que harían las veces de jueces de paz hasta que se dicte la Ley de Juntas Parroquiales y Jueces de Paz. Pero, luego la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales ratificó a los tenientes políticos como jueces de paz hasta que la “Ley regule el funcionamiento de los jueces de paz...”⁸⁴.

En las constituciones comparadas, encontramos tres aspectos notables relativos a la justicia de paz. En primer lugar, en las Constituciones de Colombia, Ecuador –1998 y 2008–, Perú y Venezuela ha operado un reconocimiento formal⁸⁵. En Colombia y Perú la han desarrollado dentro de sus leyes orgánicas sobre el poder judicial; y, en Venezuela, a través de una ley particular sobre justicia paz⁸⁶. En el caso peruano, la institución tiene una larga tradición que trasciende la regulación legislativa⁸⁷.

En segundo lugar, sólo las constituciones de Ecuador y Perú establecen un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción entre la justicia de paz y la justicia indígena. En el caso ecuatoriano, le da supremacía a la justicia indígena⁸⁸; en el caso peruano, remite a la ley la coordinación entre las

83 Constitución de Ecuador, 1998, artículo 191.

84 Ley 2000-29, RO 193: 27-oct-2000, *Ley Orgánica de Juntas Parroquiales*, Disposición Transitoria Tercera.

85 Constitución de Colombia, 1991, artículo 247; Constitución de 2008, artículo 189; Constitución del Perú, 1991, artículo 149; Constitución de Venezuela, 1999, artículos 178.7 y 258.

86 Ley 270, *Ley Estatutaria de la administración de justicia de Colombia*, Diario Oficial 42745: 15-mar-1996, Art. 11.d, p.1; Decreto Supremo 017-93-JUS: 3 de junio de 1993, Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú, Art. 61-71; Ley Orgánica de la Justicia de Paz de Venezuela, Gaceta Oficial 4.817 Extraordinario: 21-dic-1994. En la Constitución venezolana se reconoce la justicia de paz vigente desde la nueva ley de 1994.

87 Projusticia, “Hacia una ley para la justicia de paz”, en *Projusticia, Propuesta de justicia de paz en el Ecuador*, Quito, 2007.

88 Constitución de 2008, artículo 189.

dos justicias, la cual, finalmente da prioridad a la regulación de los jueces de paz letrados para los sectores urbanos y no letrados para los rurales, y no resuelve nada respecto de la justicia indígena⁸⁹.

El tercer aspecto se refiere al origen y requisitos de los jueces de paz. Es unánime en los países de la subregión que los jueces fallan en equidad y esto es distinto de la justicia ordinaria, por lo cual deben tener un nivel de representación y cercanía de la comunidad. Esto lleva a que los jueces sean elegidos popularmente. Esto rompe con el sistema general meritocrático de la Constitución del Ecuador del 2008 y puede desvirtuar el papel de imparcialidad del juez de paz, incluso mucho más que lo que ya cuestionamos la integración de las altas cortes bolivianas.

Respecto de la justicia de paz ocurre algo similar a lo dicho de la justicia indígena puesto que no ha logrado ser desarrollada legislativamente.

Quedan aún algunas dudas que deben dilucidarse en las leyes respectivas: ¿debe ser la justicia de paz sólo para lo rural y no para lo urbano?, ¿los jueces de paz deben ser funcionarios remunerados, sujetos de honorarios, o ad honorem?, ¿cómo se controla la constitucionalidad de las decisiones de la justicia de paz y su coherencia con los derechos humanos?, entre otras. En todo caso, el límite que no se puede traspasar es la realización del acceso sustancial a la justicia que inspiraría la justicia indígena y de paz como herramientas indispensables para esta empresa, lo cual lleva a que éstas sean dotadas por el Estado de los recursos, humanos y económicos, para ser viables, con el fin de que sea una justicia de calidad y no una “justicia para los pobres”⁹⁰.

La justicia de paz, no obstante, tal como consta en la Constitución de 2008, presenta a la equidad y las costumbres sociales en desventaja frente al poder de las normas positivas y el derecho estatal, pues no se les otorga reconocimiento al mismo nivel del derecho propio de los indígenas, ni tam-

89 Decreto Supremo 017-93-JUS: 3 de junio de 1993, *Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú*, artículos 57-61.

90 César Rodríguez, “Globalización, reforma judicial y estado de derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos rumbos en la administración de justicia*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2000.; y, Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García-Villegas, *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf.

co se los establece como fuentes del derecho. La equiparación de todos los órdenes normativos puede significar la ruptura de las frías normas positivas que el Estado, tradicionalmente, ostenta con exclusividad, y acercaría a la justicia a la realidad de las personas y colectividades. La ampliación de las fuentes permitiría humanizar el derecho.

III. Los cambios sustanciales específicos de la justicia

3.1. Naturaleza jurídico-política del Poder Judicial

3.1.1. Poder o función judicial

La Constitución de 1998 mantiene la denominación de “función judicial” en el entendido de que el poder no puede ser dividido, sino en razón de las funciones políticas que cumple. Esta aparente trivialidad semántica debilita el control e independencia entre las funciones:

Lamentablemente, la cuestión formal o de palabras se tornó material en algunos países de la región y comenzó a hablarse de función o de servicio y de división de funciones en lugar de división de poderes, con la intención de someter a los jueces a los poderes políticos y principalmente a los ejecutivos⁹¹.

El monismo del poder es contradictorio con su necesaria división, pues, aplicando la clásica doctrina de la división de poderes, el poder puede ser fraccionado justamente para efectos de controlar la posible arbitrariedad, el abuso en su ejercicio y evitar la acumulación de potestades en pocas manos en detrimento de los derechos de las personas. En la Constitución de 2008 se conserva la naturaleza política de “función”. En contraste, la tesis del “poder judicial” fue establecida en la Constitución española de 1978.

En las constituciones de los países de la región la naturaleza política de la justicia no es uniforme. En el caso del proyecto de Bolivia, esta situación

91 Eugenio Raúl Zaffaroni, *op.cit.*, p. 16.

es confusa, puesto que el artículo 189.I considera la función judicial como sinónimo de la potestad de administración de justicia -el organismo judicial o la judicatura-; y, la disposición transitoria quinta dispone que el plazo de un año se deberá aprobar la “Ley Orgánica de la Función Judicial con el fin de reorganizar al poder judicial”⁹².

La Constitución chilena, en su artículo 73, considera al poder judicial como sinónimo de administración de justicia⁹³. El artículo 228 de la Constitución de Colombia abandona esta naturaleza política por la de ramas del poder, lo cual le ha permitido incluir instancias de coordinación con otros organismos relacionados con lo judicial, tales como la Fiscalía General de la Nación (Art. 249) o la jurisdicción constitucional (Art. 239)⁹⁴. La Constitución del Perú, en su artículo 138, dispone con diáfana claridad la naturaleza de poder judicial⁹⁵. Del mismo modo, la Constitución de Venezuela determina, en su artículo 253, la naturaleza de poder judicial⁹⁶.

La importancia de que sea un poder judicial es la garantía de la independencia frente a los otros poderes, de tal manera que les permita a los jueces y demás operadores judiciales controlar el ejercicio arbitrario de las potestades estatales, además de imponer sus decisiones frente a los poderes estatales y particulares.

3.1.2. Origen nacional o popular

Luego, el otro elemento de análisis de la naturaleza de la función judicial hace referencia al origen político de la potestad judicial, lo cual es importante en tanto esto fortalecería aún más la legitimidad de las instituciones que la ejercen frente a las personas, como mandantes directos de la gestión judicial, quienes someten a la institucionalidad a su servicio. En el fondo, es la consa-

92 Constitución de Bolivia, 2008.

93 Constitución de Chile, 1980.

94 Constitución de Colombia, 1991. El artículo 113 de la Constitución establece el principio de la separación de poderes, pero incorpora la siguiente frase: “...tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines...”.

95 Constitución de Perú, 1993.

96 Constitución de Venezuela, 1999.

gración de la soberanía popular por sobre la nacional y, por tanto, la posible ampliación del espacio de democratización de la sociedad ecuatoriana.

La Constitución ecuatoriana del 2008, incorpora como novedad, en su artículo 167, que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se administra por los órganos de la función judicial y los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”⁹⁷. La tendencia en la región es el origen popular de la potestad de administrar justicia, frente a la cual, la visión maximalista considera que esta potestad nace del pueblo (potestad popular amplia)⁹⁸; y la visión minimalista considera que esta misma potestad está restringida por criterios de nacionalidad o ciudadanía (potestad popular restringida)⁹⁹. Aún existe en la región una visión institucional de la función judicial, según la cual, lo importante es la organización judicial y se omite su origen político. Son los casos de Chile y Colombia, lo cual no coincide, necesariamente, con sistemas judiciales débiles, todo lo contrario, son de los más consolidados de Latinoamérica.

Es demasiado forzado establecer una relación directa y secuencial entre el origen político, la legitimidad y la eficiencia judicial, de lo cual no hay una evidencia empírica clara, además que la tendencia es aún relativamente nueva como para poder evaluar esta situación con cierto nivel de certeza, pero sí existen buenas prácticas en países, como el caso de Perú, donde este origen popular amplio fue importante para posicionar los notorios avances que, desde 2004 (que coincide con la publicación del Código Procesal Constitucional peruano) ha experimentado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema peruanos, lo cual se instrumenta en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁰, el Código Procesal Constitucional¹⁰¹ y en varias sentencias del Tribunal Constitucional¹⁰².

97 Constitución de Ecuador, 2008.

98 *Ibidem.*, artículo 169; Constitución de España, 1978, artículo 117; Constitución del Perú, 1993, artículo 138.

99 Constitución de Bolivia, 2008, artículo 188: “el pueblo boliviano”; Constitución de Venezuela, 1999, artículo 253: “ciudadanos y ciudadanas”.

100 *Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú*, 3-jun-1993.

101 *Código Procesal Constitucional del Perú*, 31-may-2004.

102 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 00030-2005-AI, 2-feb-2006, párr. 22;y, sentencia 004-2006-AI, 29-mar-2006, párr., 18. En estas sentencias se relacionan los principios de soberanía popular (origen popular de los poderes públicos), supremacía constitucional y democrático

3.2. Independencia judicial

La independencia judicial es un derecho humano constitucionalizado en la mayoría de los países, como uno de los pilares fundamentales sobre el cual descansan la justicia y la democracia misma, por lo cual trasciende la simple técnica jurídica:¹⁰³

La existencia de tribunales independientes e imparciales constituye el núcleo central de un sistema judicial garante de los derechos humanos en plena conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. La Constitución, las leyes y las políticas de un país deben asegurar que el sistema judicial sea verdaderamente independiente de los demás poderes del Estado...¹⁰⁴

El artículo 168.1 de la Constitución de 2008 trae un cambio sustancial: la independencia judicial interna y externa¹⁰⁵, la cual ha sido proclamada por la normativa internacional¹⁰⁶. La independencia judicial externa opera frente a los otros poderes estatales y la interna al interior la judicatura¹⁰⁷. En la Constitución de 1998, no se la consideraba expresamente, aún cuando puede derivarse del segundo inciso del artículo 1 que establecía que la soberanía popular se ejerce a través de “los medios democráticos previstos” en la

para consagrar un Estado constitucional. El origen popular del poder y su correlación con la sujeción de los jueces a la Constitución y la ley da contenido a la independencia judicial externa como medida de equilibrio del principio de separación de poderes.

103 Brody Reed, “La Independencia de los jueces y las garantías de la administración de justicia”, en *Poder judicial y democracia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 59.

104 Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia judicial y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Serie Guía para Profesionales No. 1, Ginebra, 2005, p. 2.

105 Constitución de 2008.

106 Asamblea General de la ONU, resoluciones 40/32 de 29 (nov-1985) y 40/146 (13-dic-1985), *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, , principio 1: “la independencia de la judicatura será... proclamada por la Constitución o la legislación del país...”.

107 Santiago Andrade, “Independencia judicial y estado de derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Colegio de Jurisprudencia-Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional de la Universidad San Francisco de Quito, 2003, p. 288.

Constitución y del deber primordial de “mantener el sistema democrático” (Art. 3.6), conceptos en los cuales está implícito el principio de separación de poderes, del cual se desprende el principio de independencia judicial (externa e interna)¹⁰⁸.

La segunda parte del artículo 167 de la Constitución de 2008, sin embargo, prescribe que la potestad de administrar justicia se la realiza mediante los “demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. En la frase “demás órganos”, probablemente, se busca incluir otros órganos que administran justicia de rango constitucional, tales como la Corte Constitucional (Art. 429) y el Tribunal Contencioso Electoral, que están por fuera de la Función Judicial (Art. 218), amparados en el artículo 168.3 de la Constitución de 2008, que da cabida a las potestades jurisdiccionales por fuera de la justicia ordinaria en estos casos especiales¹⁰⁹.

No obstante, no se comprende la siguiente frase del artículo comentado: “y funciones”. Esta frase parece justificar la atribución de la Asamblea Nacional (parlamento) de interpretar las leyes que se conserva de la Constitución de 1998 y que pervive en el artículo 120.6 de la Constitución de 2008.

El problema podría ser la posibilidad de trasgredir la independencia de la Función Judicial fundamentado en la voluntad de las mayorías a través de leyes interpretativas que desconozcan los precedentes de la Corte Nacional de Justicia. Por otro lado, es posible que esta adición tenga como intención permitir la investigación por parte de los fiscales de casos de corrupción de los jueces y la tipificación de tales conductas¹¹⁰. Sin embargo, no se debe olvidar que esta competencia es para investigar y no para juzgar. En este sentido, la Constitución del Perú establece, en el artículo 139.2,

108 Constitución de Ecuador, 1998.

109 *Ibidem*.

110 La Corte Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela considera que no transgrede la independencia judicial la investigación de los fiscales de los casos de corrupción cometidos por los jueces con ocasión de sus sentencias, de acuerdo al artículo 309 del Código de Procedimiento Penal (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 2230, exp. 02-2116, 23-sep-2002). Posiblemente, este tipo de intervenciones estuvo en los motivos del constituyente para conservar la frase “y funciones” aquí comentada. En el artículo 76 de la Constitución de Chile se establece la responsabilidad por cohecho, incumplimiento sustancial, torcida administración de justicia y cualquier forma de prevaricato.

que la independencia supone la facultad de investigación (fiscalización) y de gracia (amnistía e indulto) del Congreso Nacional¹¹¹, que para el caso ecuatoriano están contenidas en los artículos 120.9 y 129.13.

A este respecto, la Constitución peruana es clara en establecer que estas competencias no pueden alterar el contenido de los procesos judiciales. En todo caso, ninguna de estas competencias supone, tampoco, administración de justicia. Por otra parte, sí existe en la Constitución colombiana la posibilidad –que en la Constitución del Ecuador del 2008 no es posible– de que el Congreso asuma facultades jurisdiccionales, no obstante, se refiere sólo a aquellas que tienen que ver con la investigación y el juzgamiento de funcionarios con fuero especial y el juicio de determinadas autoridades públicas - algo parecido a lo que conocemos como juicio político- por parte de la Cámara Alta del Senado¹¹².

Este avance respecto de la Constitución ecuatoriana de 1998, inserta al Ecuador en la tendencia regional a constitucionalizar la independencia judicial, ya considerada en el artículo 117 de la Constitución española de 1978¹¹³; no obstante, no es claro que el Estado debe garantizarla, lo cual le daría mayor entidad y la incluiría expresamente como objeto de control por los mecanismos constitucionales pertinentes¹¹⁴. Como garantía, lo tienen establecido Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Venezuela en sus textos constitucionales¹¹⁵.

En la Constitución ecuatoriana del 2008 la independencia judicial externa opera respecto de los otros poderes del Estado; y, la interna, respec-

111 Constitución de Perú, 1993, artículo 139.2.

112 Constitución de Colombia, 1991, artículos 116 y 174.

113 Constitución de España, 1978.

114 Asamblea General de la ONU, resoluciones 40/32 de 29 (nov-1985) y 40/146 (13-dic-1985), *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincente, Milán, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, , principio 1: “la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado...”.

115 Constitución de Bolivia, 2008, artículo 188 (Se establece como principio de la administración de justicia); Constitución de Chile, 1980, artículo 78; Constitución de Colombia, 1991, artículo 228 (se establece la independencia de las decisiones de los jueces); Constitución del Perú, 1993, artículo 139.2 (independencia de la función jurisdiccional) y 146.1 (independencia de los jueces); y, Constitución de Venezuela (el Poder Judicial es independiente), 1999, artículo 254.

to de la independencia de los jueces entre sí, quienes están sometidos únicamente a la Constitución y a las leyes para fallar en los casos concretos¹¹⁶. El fundamento de la independencia interna es la igualdad entre los jueces, lo cual corresponde a una judicatura horizontal y al sometimiento de los jueces únicamente a la Constitución y las leyes¹¹⁷. Lo anterior significa blindar a los jueces de toda injerencia de otros jueces en la motivación de las sentencias, sin perjuicio de los recursos para revisarlas en derecho. En las constituciones regionales esta diferencia entre externo e interno no es de consenso en el texto constitucional, pero sí ha sido establecida jurisprudencialmente, como en el caso de la Corte Constitucional colombiana, que ha considerado que la independencia judicial tiene un doble sentido (interno y externo):

El juez sólo está atado a la ley: en el Estado de derecho el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar sólo está atado a la ley¹¹⁸.

Otro ejemplo similar es lo determinado por el Tribunal Constitucional del Perú, el cual, a más de diferenciar la independencia externa e interna, determina, en el caso de la interna, dos formas de independencia: respecto del organismo de gobierno del poder judicial para decidir la sentencia, y en relación con los jueces jerárquicamente superiores, sin que medie la interposición de un recurso procesal¹¹⁹.

3.3. Autonomía de la Función Judicial y el presupuesto de la justicia

Vinculado estrechamente con la independencia judicial, la función judicial se proclama como autónoma en el artículo 168.2 de la Constitución de 2008. Esta autonomía administrativa, económica y financiera es una inno-

116 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-593/02, p. 12.

117 Eugenio Raúl Zaffaroni, *op.cit.*, p. 21.

118 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-888/04. Véase, también, las sentencias C-1643/00, T-593/02, y C-1024/02.

119 Tribunal Constitucional del Perú, 0004-2006-AI, 29-mar-2006, párr. 18.

vacación trascendente en la región que también Venezuela incorpora en su Constitución¹²⁰. Su importancia es doble. Primero, porque permitirá fortalecer materialmente la independencia y no injerencia de las otras funciones en la Función Judicial, a través de la dotación de recursos económicos, administrativos y financieros¹²¹; y, segundo, porque posibilitaría que grandes inversiones en justicia vayan en beneficio de la colectividad y del mejoramiento en el ejercicio y defensa de sus derechos. La primera cuestión se enmarca en una visión tradicional de la autonomía, que hace referencia al manejo de sus propios recursos económicos, y a la participación en la elaboración del presupuesto y su respectiva ejecución¹²²; y, la segunda, en una visión progresista que busca, además, focalizar los recursos para garantizar sustancialmente el acceso a la justicia¹²³.

Queda, sin embargo, aún un vacío en la Constitución ecuatoriana de 2008 sobre el límite mínimo para asegurar un presupuesto razonable para la justicia en ejercicio de su autonomía, tal como sí ocurre en el caso venezolano¹²⁴.

En Bolivia, a este respecto, en el artículo 188 del proyecto de Constitución, se establecen algunos principios de los cuales puede deducirse normas y límites mínimos para la elaboración del presupuesto de la justicia: “la interculturalidad, equidad, igualdad jurídica, independencia, seguridad jurídica, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social, y respeto a los derechos fundamentales y garantías constituciona-

120 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 254 (sólo es autónomo el Tribunal Supremo de Justicia).

121 Asamblea General de la ONU, resoluciones 40/32 de 29 (nov-1985) y 40/146 (13-dic-1985), *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, principio 7; y, Declaración de Principios de Beijing relativos a la independencia de la judicatura en la Región de LAWASIA, párr. 51, cita por José Zeitune, *op. cit.*, p. 4.

122 Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia judicial y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Serie Guía para Profesionales No. 1, Ginebra, 2005, pp. 33-36.

123 Luis Fernando Ávila Linzán, *op. cit.*, pp. 190 y 207.

124 Constitución de Venezuela, 1999, artículos 254, “... A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional”.

les¹²⁵. En el caso peruano, el texto constitucional no contempla ningún parámetro, pero sí lo hace el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia, el cual ha establecido el concepto y principios del presupuesto, y la naturaleza de las leyes presupuestarias frente a la administración de justicia¹²⁶. Luego, en Chile y España no se determinan sino normas generales para la distribución del presupuesto y las competencias para su aprobación.

Empero, la Constitución ecuatoriana de 2008 trae un elemento clave para la determinación del presupuesto de la justicia, más allá de los principios generales del presupuesto que conserva de la Constitución de 1998¹²⁷, y es la consagración del estado garantista¹²⁸, lo cual significa que toda la actividad –no sólo la judicial– debe garantizar el contenido sustancial de los derechos constitucionales a través de prestaciones concretas de política pública¹²⁹.

De esta manera, todo poder estatal debe garantizar, desde su ámbito particular, todos los derechos mediante las garantías judiciales, normativas y de política pública. Dentro de las garantías de las políticas públicas del artículo 85 se establecen los parámetros para su formulación alrededor del principio de solidaridad, equidad, el buen vivir, el respeto de los derechos humanos, el interés general, y la ponderación de los derechos en caso de conflicto de derechos¹³⁰.

125 Constitución de Bolivia, 2008, artículo 321.1: “principios de capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria...”. El artículo 320.1 no considera como prioridad de la política fiscal a la justicia. lo cual se complementan con los principios generales para la elaboración del presupuesto, aún cuando no se establece a la justicia como prioridad de la política fiscal.

126 Tribunal Constitucional del Perú, sentencias 004-2004-CC/TC, 31-dic-2004. Estos principios son de legalidad, competencia, de justicia presupuestaria, equilibrio financiero, unidad, exactitud, anticipación, anualidad, programación y no afectación.

127 Constitución de 2008, artículos 292-299. Sin embargo, la Constitución de 2008 trae tres grandes novedades respecto del presupuesto general del Estado, que pueden considerarse un avance: a) la incorporación de un Plan Nacional de Desarrollo y de planes regionales, provinciales y cantonales; b) el retorno a la planificación como un instrumento de gestión estatal; y, c) el contenido de los programas y gastos del Estado, en el marco de los presupuestos anuales, la programación cuatrienal, y el Plan Nacional de Desarrollo, se someten al control administrativo y público.

128 *Ibidem.*, artículos 84 y 85.

129 Carolina Silva, *op. cit.*

130 Constitución de 2008, artículo 85.

Se hace indispensable que en la ley o a través de la jurisprudencia de la nueva Corte Constitucional, se incorporen los estándares internacionales para la determinación del presupuesto general del Estado respecto de la justicia. Estos estándares se desprenden de los artículos del 2 al 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³¹ con las modificaciones realizadas por otros instrumentos internacionales y la innovación de la jurisprudencia internacional:

(1) los Estados deben adoptar las medidas económicas y técnicas, de entre ellas las del presupuesto de la justicia, hasta el máximo de los recursos que disponga¹³².

(2) estas medidas presupuestarias deberán ser progresivas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos¹³³. La progresividad supone la no regresividad, por lo cual, las subsiguientes medidas no podrán desmejorar los avances y conquistas sociales implementadas a través del presupuesto de la justicia. La progresividad-no regresividad de las medidas “no se ha de interpretar equivocadamente, como que priva a la obligación de todo contenido significativo”¹³⁴. En consecuencia, el ejercicio de los derechos no puede ser progresivo, pues todos son de cumplimiento inmediato, especialmente, aquellos que necesitan de prestaciones concretas por parte del Estado para su realización: los derechos sociales.

(3) las restricciones presupuestarias solo podrán estar determinadas por ley de acuerdo a la naturaleza de los derechos que se quiere garantizar –para el caso, el derecho a la justicia–, y la búsqueda del bienestar general de una sociedad democrática¹³⁵.

131 Asamblea General, Rs. 2200 A (XXI), *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 16-di-1966.

132 *Ibidem.*, artículo 2.1.

133 Asamblea General, Rs. 2200 A (XXI), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, Art. 2.1; Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana de Derechos Humanos*, artículos. 26 y 29 y *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos*, San Salvador, 17-nov-1988, artículos 1 y 2.

134 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General 3*, 1990, párr. 9.

135 Asamblea General, Rs. 2200 A (XXI), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, Rs. 2200 (XXI), 16-dic-1966, artículo 4.

(4) estas restricciones presupuestarias no podrán anular o disminuir un derecho o libertad y más bien deberán ampliar su contenido aún si no está determinado en las normas jurídicas expresamente y en la medida que se derive de la dignidad humana (*pro homine*)¹³⁶. Además, las medidas de carácter deliberadamente retroactivo “deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹³⁷.

(5) la elaboración del presupuesto de la justicia deberá implementar reconocer, proteger, promocionar y garantizar las igualdades, diferencias y diversidades de las personas, las colectividades y los pueblos, de tal manera que se realicen plenamente los principios de igualdad y no discriminación¹³⁸.

Relacionado con esto, otro problema que se presenta en la normativa de la Constitución de 2008 es la tensión entre la autonomía de varios organismos de la justicia y el sector justicia que ya analizamos. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿Cuál es el alcance de esta autonomía? El artículo 168.2 dispone la autonomía financiera, económica y presupuestaria de la Función Judicial, con lo cual le permite guardar independencia respecto de otros poderes¹³⁹. Hacia lo interno del sector justicia, esta autonomía opera respecto de los organismos autónomos (Ministerio Público y Defensoría

136 *Ibidem.*, artículo 5.

137 Observación General 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 1990, párr. 9.

138 a) Principio general de igualdad y no discriminación: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 1.1), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de derechos económicos, sociales y culturales (Art. 3); Declaración de de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) y b) Igualdad y no discriminación particulares, y reconocimiento de diversidades: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) (Art. 2, 3 y 5.a), Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (Art. 2, 3 y 4), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990) (Art. 7 y 31), Convención sobre el Estatuto de los refugiados (1951) (Art. 3 y 5), Principios rectores de los desplazamientos internos (1998) (principios 1, 2 y 4).

139 Constitución de 2008.

Pública), que se materializa en la imposibilidad de que el Consejo Nacional de la Judicatura conozca y apruebe sus presupuestos¹⁴⁰.

Sin embargo, la autonomía respecto del régimen de permanencia y salida de los fiscales y defensores públicos, y la escuela y capacitación de todos los funcionarios es oscura y da pie a varias interpretaciones. Tres son las posibilidades: (1) el Ministerio Público y la Defensoría Pública administran la carrera fiscal y defensorial, respectivamente, en el entendido que el CNJ, según los numerales 3 y 4 del artículo 181, solo puede administrar la “carrera judicial”; (2) el CNJ administra la carrera judicial en coordinación con los organismos autónomos: el CNJ establece los lineamientos generales y los autónomos la reglamentación particular para fiscales y defensores; y, (3) el CNJ administra, sin más, la carrera judicial, fiscal y defensorial, de acuerdo a las bondades que hemos identificado respecto del sector justicia y en el entendido de que la autonomía de los organismos es solo financiera, económica y presupuestaria.

A nuestro criterio, la última interpretación es la adecuada, puesto que fortalece al CNJ como organismo máximo de gobierno y el ideal del sector justicia, y evitaría, además, conflictos institucionales innecesarios en detrimento de la justicia, sin perjuicio de que la ley determine algún nivel de participación y coordinación de los jueces, fiscales y defensores para el diseño de los perfiles profesionales, las instancias de reclamación administrativa y judicial, y los mecanismos institucionales de validación de las políticas generales para el sector. Debe incluirse en la carrera a todos los funcionarios del sistema de justicia y los colaboradores (servidores, pasantes, estudiantes, abogados, etc.) del sector justicia en una lógica de unidad y reconocimiento de las diferencias y roles específicos. Esto cabe perfectamente en los parámetros establecidos por Naciones Unidas¹⁴¹.

140 *Ibidem.*, artículo 181.2.

141 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, *Directrices sobre la función de los fiscales*, la Habana, 27-ago-1990.

3.4. Gratuidad de la justicia

3.4.1. Costos reales de la justicia

Los artículos 75 y 168.2 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establecen que el acceso a la administración de justicia será gratuito, y que la ley determinará las costas procesales. Esta disposición aparece como un avance respecto de la Constitución de 1998, la cual establecía la gratuidad de la administración de justicia únicamente en los casos taxativamente establecidos en el artículo 207 penales, alimentos de niños, niñas y adolescentes, y laborales¹⁴².

En las constituciones comparadas de la región, la gratuidad del acceso a la administración de justicia está regulada en términos similares a la Constitución ecuatoriana de 2008. La Constitución venezolana establece que la justicia será gratuita¹⁴³. Mientras que en la Constitución del Perú se garantiza la gratuidad de la administración de justicia para las personas de escasos recursos¹⁴⁴; incluso, el Tribunal Constitucional del Perú ha ampliado este derecho en ciertos casos, independientemente de la ausencia de recursos, siempre que se impida el acceso a la administración de justicia con la exigencia de formalidades¹⁴⁵.

142 Ley 2001-54, *Ley de creación de tasas judiciales y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura*, RO 464: 29-nov-2001; y, Consejo Nacional de la Judicatura, Rs. s/n, Reglamento de tasas, RO 490: 9-ene-2002. Esta norma guardó silencio sobre la gratuidad del acceso a la justicia constitucional, por lo cual, la Ley de Creación de tasas judiciales y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura y su Reglamento dispusieron el cobro de tasa por el 50 por ciento para los causas demandados ante los organismos de control establecidos en la Constitución. Esto llevó al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional el cobro de las tasas judiciales para los casos de “garantía y defensa consagrados en la Constitución” (amparo constitucional, hábeas corpus y hábeas data, y las acciones de inconstitucionalidad e inaplicabilidad (Tribunal Constitucional del Ecuador, sentencia 020-2002-TC, RO 708: 20-nov-2002).

143 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 26.

144 Constitución del Perú, 1993, artículo 139.16.

145 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 1812-2005-PHC/TC, *Piura María Josefa-Andriazén Mauriola y otro*. En esta sentencia se decidió que la exigencia de copias del proceso para aceptar el recurso de apelación había, independientemente de los recursos disponibles de los recurrentes, violado el derecho a la tutela judicial y el acceso a la justicia.

En las constituciones de Chile y Colombia, se guarda silencio sobre este asunto. No obstante, a nivel legal se ha consagrado la gratuidad de la administración de justicia: en Chile, a través del denominado “privilegio de pobreza”¹⁴⁶; y en el caso de Colombia, en la Ley Estatutaria de la Función Judicial y los códigos de Procedimiento Civil y Penal¹⁴⁷.

En las constituciones de Bolivia (el proyecto), Venezuela y España, la gratuidad es de la justicia y no de la administración de justicia¹⁴⁸.

Este juego sutil del lenguaje entre “gratuidad de la administración de justicia” y “gratuidad de la justicia”, puede significar una diferencia sustancial si se considera que la gratuidad de la justicia es mucho más amplia e incluiría no sólo la exoneración de las tasas de acceso al servicio público de justicia, sino también de otros gastos que pueden poner a las partes en desventaja al momento de litigar: diligencias probatorias y de otro tipo, transportación y gastos vinculados (alimentación e incluso el lucro cesante) al proceso, costas procesales, patrocinio jurídico, falta de asistencia jurídica gratuita, localización de los despachos judiciales y otros¹⁴⁹. Además, la “gratuidad de la justicia” se relaciona con el ideal sistémico de la justicia, por lo cual se incluye no solo la gratuidad en los juicios, sino también en la defensa pública y en toda

146 Ley, 24-jul-1834; ley de Aranceles Judiciales, 21-dic-1865 (Art. 39); y Corte Suprema, Auto Acordado: 5-1867.

147 Ley 270 (1996), *Ley estatutaria de administración de justicia de Colombia*, Diario Oficial, Año CXXXI, 42745: 15-mar-1996, artículo 6; Ley Decretos 1400 y 2019 (agosto-octubre-1970), *Código de Procedimiento Civil de Colombia*, artículo 1; y, Ley 906, Diario Oficial 45.658: 1-sep-2004, *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, artículo 13.

148 Constitución de Bolivia, 2008, artículo 118.II; Constitución de España, 1978, artículo 24. La Ley 1/1996: 10-ene-1996, *Ley de asistencia jurídica gratuita y su Reglamento*, aprobado por Real Decreto 2103/1996: 20-sep-1996, y modificado por Real Decreto 1455/2005: 2-dic2005. En España se restringe esta gratuidad a las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

149 Víctor Abramóvich, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pp. 9-22; y Alejandro Garro, “El acceso de los pobres a la justicia en América Latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 294. No se debe olvidar que es necesario vincular la gratuidad con reformas que busquen simplificar el derecho y los procedimientos que inciden en el tiempo y los costos del proceso.

actuación de la justicia, tales como los peritajes, anotaciones registrales y notariales, traducciones, gastos de traslado y lucro cesante.

La Constitución ecuatoriana de 2008 no trae un avance radical, pues establece sólo la gratuidad del acceso a la administración de justicia, lo cual la subsume, casi exclusivamente, a la exoneración de tasas para el acceso de todas las personas sin importar los recursos¹⁵⁰. Ante todo esto, la gratuidad absoluta de la justicia, en un sistema jurídico concebido para la protección de la propiedad y la seguridad, como el caso de los países latinoamericanos, puede terminar beneficiando a quienes litigan frecuentemente (propietarios individuales y empresas) y profundizando las diferencias socio-económicas en el litigio¹⁵¹.

Se hace necesaria una estrategia integral que priorice el litigio social, implemente medidas de subsidio a las partes que acrediten en el proceso no poseer recursos para las diligencias judiciales para que esta gratuidad no se desnaturalice, e implementar la Defensoría Pública enfocada en los litigios socialmente relevantes, es decir, aquellos que pueden tener un impacto, individual o colectivo, en la protección de los más pobres. El artículo 168.4 comentado, no obstante, determina que la ley establecerá el régimen de costas procesales, lo cual es un avance que permitirá limitar y transparentar los valores reales del litigio.¹⁵²

En todo caso, los costos del proceso y las deficiencias estructurales establecidas, harían posible la exoneración y el subsidio de gastos en un litigio, lo cual debería ser potestad de los jueces para los casos concretos, a través de decisiones incidentales y no para iniciar una nueva acción que podría desincentivar a las partes por el excesivo formalismo.

3.4.2. Defensoría pública

El artículo 24.10 de la Constitución de 1998 garantizaba el derecho a la defensa y determinaba que el Estado tiene la obligación de dotar de defensores públicos para los trabajadores, las mujeres, los indígenas y la niñez y

150 Constitución de 2008, artículo 75.

151 Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*, pp. 180-187.

152 Constitución de 2008, artículo 168.3.

adolescencia¹⁵³. En el artículo 191 de la Constitución de 2008, se crea y desarrolla la Defensoría Pública, como un organismo autónomo de la Función Judicial¹⁵⁴, lo cual da contenido sustancial al derecho a la defensa desarrollado exhaustivamente en el artículo 76.7 de la Constitución de 2008¹⁵⁵.

La sola creación de la institucionalidad estatal (Defensoría Pública) en favor de las personas y colectividades constituye una innovación constitucional de alta relevancia, puesto que es una medida estatal de carácter sustancial para asegurar el acceso igualitario a la justicia y derribar las barreras económico-sociales que perjudican el acceso a la justicia de las personas excluidas¹⁵⁶.

Esta Defensoría, no obstante no es universal, puesto que está solo dirigida a las personas que tienen dificultades para acceder a la justicia por razones económicas, sociales o culturales, lo cual condiciona las materias e instancias sobre las cuales se va a enfocar. En lo penal, la Defensoría tendría un impacto enorme, pues, pondría en equilibrio el desproporcionado poder del estado (jueces y fuerza pública) y la sociedad (fiscales) frente a los imputados. Esto constituye una medida real de equidad y de justicia social.

En la subregión, solo Colombia y Venezuela han constitucionalizado la Defensoría Pública. En Colombia, la defensa pública está organizada y dirigida por la Defensoría del Pueblo¹⁵⁷. En Venezuela, la Constitución sólo reconoce a la Defensoría como integrante del Sistema de Justicia, pero sin desarrollarla¹⁵⁸. En el caso de España, se constitucionaliza indirectamente la defensoría pública, puesto que es el Defensor del Pueblo, quien la realiza a través de las facultades que le otorga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para algunas acciones constitucionales¹⁵⁹. La Defensoría

153 Constitución de Ecuador, 1998.

154 Constitución de 2008.

155 *Ibidem*.

156 Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*, pp. 191-193.

157 Constitución de Colombia, 1991, artículos 281, 282.4. La Defensoría del Pueblo forma parte del Ministerio Público al igual que el Procurador General del Estado, éste último es quien supervisa la Defensoría Pública.

158 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 253.

159 Constitución de España, 1978, artículo 54; y, Ley Orgánica 2/1979, *Ley del Tribunal Constitucional*, BOE 239: 5-oct-1979, artículo 32.1.b, 46.1.2.

Pública en los demás ordenamientos jurídicos comparados se desarrolla a nivel legislativo¹⁶⁰. Esta defensa pública está focalizada en la subregión hacia las personas que lo necesiten por razones económicas, sociales o culturales, y solo en el caso de Chile tiene un énfasis penal.

La Constitución del Ecuador de 2008 establece, además, los principios de la defensa pública; mientras que las demás constituciones remiten a la ley el desarrollo de todo lo relacionado a ella¹⁶¹.

La Defensoría Pública, sin duda, es un cambio sustancial respecto de la justicia en el Ecuador, si se quiere, una conquista social que se presenta como un modelo novedoso para la defensa de los derechos y el acceso efectivo de las personas y las colectividades a la justicia, pero su implementación enfrenta varios obstáculos.

Así, si bien es cierto, es un aspecto original de la Defensoría Pública ecuatoriana su autonomía y la igualdad respecto de otros organismos estatales, tales como el Ministerio Público¹⁶². Su alto nivel de autonomía puede afectar el funcionamiento sistémico que establece esta Constitución, aunque puede ser, también, una tribuna importante de acceso de las personas a la justicia frente al poder del estado y de los particulares.

En segundo lugar, la regencia transitoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Defensoría Pública debe ser realmente transitoria, puesto que en el Ecuador lo transitorio suele volverse permanente; caso

160 Bolivia: la Ley 2496 (4-ago-2003) crea el Servicio Nacional de Defensa Pública SENADEP regentado por El Consejo de la Judicatura; Chile: la Defensoría Penal Pública fue creada el 2001, depende del Ministerio de Justicia y tiene como autoridad máxima al Presidente de la República; Perú: Ley 27019 (22-dic-1998) creó el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, dependiente de la Dirección Nacional de Justicia, y se reglamentó por Decreto Supremo 005-99-JUS (7-abr-1999).

161 Constitución de 2008, artículo 191.

162 *Ibidem.*, Disposición Transitoria Primera. Num.7. Esta puede ser la razón por la cual no se determina expresamente el procedimiento de elección del Defensor Público General -parecería ser que se elige por el mismo mecanismo de las altas cortes y autoridades más lo que determine la ley-. En todo caso, es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social el que debe nombrarlo (Art. 191 y 208.11). Sin embargo, la Disposición Transitoria Décima de la Constitución de 2008 establece que la Unidad Transitoria de Defensa Pública Penal estará a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hasta que el plazo de dos años entre en funcionamiento la Defensoría Pública, previa promulgación de la Ley de Defensa Pública que deberá ser aprobada en el plazo de un año desde que fue aprobada la Constitución de 2008.

contrario, esto puede afectar la independencia de la Defensoría en el caso de tener que hacer efectiva la responsabilidad jurídica del Estado, que descansa en mayor medida –no sólo en ella– en la Función Ejecutiva.

Por último, lo mismo que ya dijimos acerca de las justicias indígena y de paz. El solo reconocimiento constitucional no implica *per se* que la institucionalidad funcione o que todos los problemas que se quieren resolver encuentren respuestas inmediatas. De hecho, el peligro de que la Defensoría no llegue a ser realmente independiente, que sea bloqueada, colonizada por intereses políticos o que simplemente quede únicamente en el texto constitucional, está dentro de lo posible.

3.5. Principios de la administración de justicia y principios de la Función Judicial

La Constitución de 2008 diferencia los principios de la administración de justicia de los principios de la Función Judicial, que ya se puede notar en la Constitución española¹⁶³. Vale destacar que la Constitución de 1998 fue la primera en el Ecuador en traer un acápite especial para los principios generales de la Función Judicial, puesto que, tradicionalmente, las constituciones ecuatorianas establecieron únicamente normas de organización de la judicatura¹⁶⁴.

Esta diferencia entre los principios de la Constitución de 2008 es una consecuencia de la separación entre administración de justicia y Función Judicial¹⁶⁵ y tiene importantes consecuencias. Primero, permite el fortalecimiento de la justicia como derecho y no solo como institucionalidad; segundo, distingue la actividad de administrar justicia de la gubernativa, lo cual pone al CNJ como organismo máximo de gobierno, terminando con los conflictos de competencia con la Corte Suprema de Justicia (Corte Nacional de Justicia); y, tercero, siembra los pilares de un derecho por principios y no solo por reglas, lo cual abre la puerta a una nueva cultura jurídica, no formalista, transformando a los jueces de la “boca que la ley” en

163 Constitución de España, 1978, artículos 117-121.

164 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 191.

165 Constitución de 2008, artículos 167-170, y 172-176.

creadores de derecho y en garantes de los derechos, que rompe la tradición legalista heredada de la Revolución Francesa por los jueces ecuatorianos.

Estos principios permiten, además, diferenciar a la institucionalidad judicial de la justicia como servicio y como desarrollo del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita¹⁶⁶. Esta división es importante, pues visibiliza la justicia desde su materialidad, como un derecho, y no desde la simple institucionalidad, que ha posibilitado la burocratización de la justicia¹⁶⁷. Incluso, esto condiciona que la parte organizativa sea tratada en un acápite aparte de los principios que estamos analizando¹⁶⁸.

En consecuencia, en la Constitución de 2008 la justicia es un derecho, el cual tiene un doble sentido. Por un lado, frente a las personas beneficiarias en abstracto del servicio de justicia, a través normas que crean obligaciones y prestaciones estatales para garantizar el acceso a la justicia y a la judicatura en términos de igualdad; y, por el otro, frente a los funcionarios judiciales en funciones que se someten a un régimen de garantías y meritocracia.

Estos principios que aseguran sustancia al acceso a la justicia y que no constaban en la Constitución de 1998 en beneficio de las personas y colectividades son la gratuidad, la meritocracia para el acceso igualitario a la judicatura y la independencia judicial. Y respecto de la institucionalidad judicial, los más relevantes son la responsabilidad judicial, la meritocracia y el control social, y la inclusión de normas para la equidad de género para la integración de los organismos y la selección de los funcionarios judiciales. De la meritocracia lo más sobresaliente es la capacitación y evaluación previa de los aspirantes y las normas sobre responsabilidad judicial¹⁶⁹, lo cual incorpora los denominados “Principios de Bangalore sobre la conducta de los jueces”¹⁷⁰.

166 Constitución de 2008, artículo 75.

167 Luis Fernando Ávila Linzán, *op. cit.*, pp. 167-169.

168 Constitución de 2008, artículos 177-203.

169 *Ibidem.*, artículo 276.

170 Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial 2001*, revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores, La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002; y, Consejo Económico y Social, Resolución ECOSOC 2006/23, *Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial*.

Esto abre las puertas para la creación de una institución de capacitación de jueces, tal como consta en el artículo 181.4 de la Constitución de 2008, que puede mejorar radicalmente la administración de justicia y, por tanto, el acceso sustancial a la justicia. La experiencia solamente de los países de la subregión que han implementado estas instituciones dan sustento a nuestra afirmación¹⁷¹. El único país que ha elevado a rango constitucional el organismo de formación y capacitación de los jueces ha sido Perú¹⁷².

A nivel constitucional, algo en común en la subregión, excepto en Chile, ha sido la tendencia a incorporar a la justicia como derecho y como institución, con énfasis en el primero. Al respecto, en todas las constituciones se incluyen normas similares, por lo cual destacaremos solo aquellas que sean de relevancia para asegurar el acceso a la justicia y que no están contenidas en nuestra Constitución.

Así, el proyecto de Constitución de Bolivia, no diferencia entre administración de justicia y función judicial, pero desarrolla la justicia como derecho desde la pluralidad de sistemas jurídicos, participación social, interculturalidad y meritocracia¹⁷³. La Constitución chilena determina la responsabilidad de los jueces y la institucionalidad¹⁷⁴. En la Constitución

171 Bolivia: la Reforma Constitucional de 1994 permitió la creación del Consejo de la Judicatura en Bolivia, luego mediante la Ley 1817 y el *Reglamento del Instituto de la Judicatura* (Acuerdo 51/99 de 26 de julio de 1999 del Plenario del Consejo de la Judicatura), funciona el Instituto de la Judicatura de Bolivia el 14 de agosto de 2000; Colombia: Chile: La Academia Judicial de Chile es creada por la Ley 19.346, el 18 de noviembre de 1994 como una corporación de derecho público con supervigilancia de la Corte Suprema de Justicia; Colombia: la Ley 270, *Ley estatutaria de la administración de justicia*, permite la creación (Art. 177) de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” como organización adscrita al Consejo Superior de la Judicatura, la cual entró en funcionamiento el año 2000; España: la primera Escuela Judicial fue creada en 1944 y entró en funcionamiento en 1950 debido a la resistencia de la universidades. Luego, fue refundada por el Consejo General del Poder Judicial en 1997; Perú: el artículo 151 de la Constitución ordena la creación de la Academia de la Magistratura, la cual fue creada mediante la Ley 26335, Ley Orgánica de la Academia de la Magistratura el 21 de julio de 1994; y, Venezuela: la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* (Art. 17), en aplicación de la Resolución 2004-0004 del Tribunal Supremo de Justicia (19-mar-2004), dicta el *Reglamento Orgánico de la Escuela Nacional de la Magistratura de Venezuela* que reestructuró la Escuela Judicial.

172 Constitución del Perú, 1993, artículo 151.

173 Constitución de Bolivia, artículos 118.II y 188.

174 Constitución de Chile, 1980, artículos 76-78.

colombiana se desarrolla la justicia diferenciada en administración de justicia y la función judicial. Destacan dos cuestiones sustanciales: (1) la limitación de la intervención de los abogados de acuerdo a lo que establezca la ley; y, (2) el sometimiento exclusivo de los jueces en sus providencias a la ley, lo cual fortalece la independencia interna de los jueces, aunque debilita en algo la supremacía constitucional¹⁷⁵.

En Perú y Venezuela, sus constituciones diferencian el derecho y la institucionalidad¹⁷⁶. Luego, la Constitución venezolana, adicionalmente, establece la profesionalización de los jueces o juezas, por lo cual determina que las universidades tengan especialidades judiciales¹⁷⁷. Estos principios, en los casos de Colombia, Perú y Venezuela, han permitido un rico desarrollo jurisprudencial¹⁷⁸.

Sin embargo, ninguna de las constituciones comparadas, incluida la ecuatoriana del 2008, vincula a estos principios al ideal de “sistema de justicia o sector justicia”, al no incorporar expresamente a los organismos autónomos (Ministerio Público y Defensoría Pública), lo cual quita fuerza a las bondades de esta estructura organizativa y pone a los jueces en el centro y a los otros operadores de justicia en la periferia: las personas y colectividades.

Además, la normativa infraconstitucional ecuatoriana no ha adoptado normas sustantivas sobre la administración de justicia, sino que ha mantenido la normativa judicial de la dictadura de los años setenta y desarrolló la organización judicial sobre una base gremial¹⁷⁹ por lo cual, es necesario

175 Constitución de Colombia, 1991, artículos 229 y 230.

176 Constitución del Perú, 1993, artículos 139 y 146; y, Constitución de Venezuela, 1999, artículos 253-261. La Constitución peruana fue la primera en establecer un acápite sobre los principios de la justicia.

177 Constitución de Venezuela, 1999, artículo 255.

178 Véase, por ejemplo, Colombia: mediación y las soluciones extrajudiciales como parte de la “tercera ola” de garantía del acceso a la justicia (C-1195/01), y el acceso a la justicia como parte del núcleo duro del debido proceso (T-268-96); Perú: sobre la dirección judicial del proceso (0005-2005-CC/TC, f.4), relativo al principio de celeridad procesal (6712-2005-PHC/TC, f.29); Venezuela: el acceso físico a los órganos de justicia es una garantía previa que condiciona el acceso a la justicia (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 708, expediente 00-1683: 10-may-2001).

179 Decreto Supremo 891, Ley Orgánica de la Función Judicial, RO 636: 11-sep-1974.

desarrollar los principios de la Constitución e incluir otros, legislativa o jurisprudencialmente.

Queremos sólo mencionar alguno de ellos: (1) el servicio de justicia debe ser público, con lo cual el Estado estará obligado a tomar todas las medidas adecuadas, positivas y negativas, para remover todas las barreras que impiden el acceso sustancial a la justicia (económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de otro tipo)¹⁸⁰; (2) la obligación de revisión integral de la normativa jurídica a fin de simplificar los procedimientos y cambiar las prácticas del litigio que afectan la celeridad procesal y no se conviertan en una barrera invisible para el acceso a la justicia, pues afectan la comprensión de las personas sobre la existencia de daños y conflictos jurídicos;¹⁸¹ (3) la formación universitaria de los abogados y el servicio social obligatorio de los graduandos, deben estar dirigidos al litigio socialmente relevante¹⁸²; y, (4) la prioridad de la actuación judicial respecto de la niñez y adolescencia, pueblos indígenas y los denominados “grupos de atención prioritaria”¹⁸³.

Finalmente, nuestra Constitución ha fijado claramente el alcance de la capacitación, formación y todos los derechos y responsabilidades aquí descritos para todos los operadores de la justicia y no solo para los jueces y a los servidores judiciales. Debe extenderse la aplicación de estos principios a fiscales, policías judiciales, personal de rehabilitación social, abogados, pasantes, estudiantes, etc., caso contrario se verá afectado el funcionamiento sistémico de la justicia que esta Constitución promueve, y además aumenta la posibilidad de un ejercicio no profesional de los demás operadores en perjuicio de la justicia, las personas y colectividades.

180 Víctor Abramovich, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

181 Alejandro Garro, op.cit., p. 296; y, Juan Méndez, “Reforma Institucional: acceso a la justicia. Una introducción”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 224.

182 *Ibidem.*, p. 303.

183 Constitución de 2008, artículos 35-60.

IV. Conclusiones

El Estado constitucional de derechos y justicia abre en Ecuador un espacio para la pluralidad de sistemas jurídicos, estatales y no estatales, y al reconocimiento sustancial de los derechos, por tanto, a la constitucionalización de la administración de justicia y, a través de ella, a la ampliación de las potencialidades democratizadoras de la sociedad ecuatoriana. El énfasis en la justicia posiciona a los jueces como garantes de los derechos frente a la decisión prioritaria de conflictos socialmente relevantes y en la materialización de los derechos en los casos concretos; y permite fundamentar la reforma judicial y las políticas judiciales sobre la base de un acceso a la justicia sustancial.

No obstante, la naturaleza jurídico-política de la Función Judicial en la nueva Constitución se mantiene debilitada, lo cual puede incidir en el control e independencia de los jueces. Sin embargo, su renovada naturaleza popular legitima su actuación y los acerca a la realidad social.

Los principios de la administración de justicia, al separar la administración de justicia de la función judicial, responde a la tendencia constitucional y jurisprudencial de considerar a la justicia como derecho y del acceso a la justicia como sustancial. No obstante, estos principios y responsabilidades no parecen amparar claramente a todos los operadores de la justicia, lo cual no les permitirá actuar como sistema y perjudicará a una correcta administración de justicia.

El concepto de sistema de justicia o sector justicia presenta un diseño confuso de las competencias de gobierno del Consejo Nacional de la Judicatura. Esto va a ocasionar conflictos de competencia, especialmente, con los denominados organismos autónomos de la Función Judicial.

La independencia judicial deviene reforzada en la Constitución de 2008, pues fue un tema central en la agenda política de la Constituyente de 2008 respecto de la justicia, en la que se buscó una justicia sin la interferencia de los partidos políticos (“despartidización de la política”). La Constitución de 2008 propone un mecanismo meritocrático reforzado similar al utilizado para la elección de la actual Corte Suprema. Este mecanismo requiere madurez política, transparencia y una amplia participación de la sociedad civil.

En este diseño de la independencia judicial, se toma en cuenta los avances jurisprudenciales y doctrinales realizados en los países de la región sobre la independencia interna y externa. Esto permitirá una justicia más técnica, libre de influencias de todo tipo en la actividad judicial y cercana a la aspiración de las personas de resolver sus conflictos individuales y colectivos de manera imparcial y de acuerdo a los méritos del proceso. Por su parte, la autonomía, relacionada con la independencia judicial, en un Estado garantista, cumple el doble rol de fortalecer la justicia y posibilitar, por vía presupuestaria, inversiones importantes para la justicia. Es necesario, sin embargo, que se incorporen los estándares internacionales que permitan llenar el vacío de principios que limiten y focalicen el presupuesto de la justicia en la nueva Constitución hacia los excluidos.

También, en mayor medida, la Constitución de 2008 pone al diálogo intercultural a la justicia indígena y en menor medida a la justicia de paz. Esta constatación, no obstante, no es suficiente para hablar del reconocimiento de varios sistemas de justicias en el Ecuador, puesto que aún aparecen en desventaja frente al derecho estatal.

Junto a esto, la justicia gratuita debe incluir costos más allá de las tasas de acceso a los organismos judiciales con el fin de superar el concepto clásico de gratuidad de la administración de justicia y cubrir lo que hemos denominado costos reales de la justicia, a partir del análisis de los problemas estructurales que afectan el acceso a la justicia. En consecuencia, es necesaria una reforma integral al sistema jurídico en el Ecuador que permita que el derecho sea un instrumento al servicio de los excluidos y no reproduzca las diferencias socio-económicas en un litigio concebido para proteger casi exclusivamente a los propietarios.

Adicionalmente, la sola inclusión de la Defensoría Pública se presenta como un cambio fundamental para asegurar el acceso sustancial a la justicia y la igualdad en el proceso. El modelo elegido es de vanguardia en la subregión, no obstante, su autonomía juega entre dos extremos: ser una tribuna de los excluidos y entrar en conflicto con otros organismos judiciales de igual rango jurídico-político.

Por último, la constatación de los cambios sustanciales de la justicia en la Constitución de 2008, a pesar de la insuficiencia del análisis únicamente normativo, nos lleva a establecer que uno de sus avances fundamentales es

que la constitucionalización de la administración de justicia supera la formalidad y contiene normas que permitirán la creación de una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente que nos asegure el acceso sustancial a la justicia: la constitucionalización material.

No obstante, a veces, en Latinoamérica, ponemos tanta fe en lo que las constituciones y los conceptos jurídicos pueden hacer para cambiar la realidad¹⁸⁴ que luego, los fracasos aumentan nuestro pesimismo y crece la brecha de ilegitimidad de la institucionalidad estatal. Ni la constitucionalización material de la administración de justicia que hemos identificado como posible ni la misma Constitución son suficientes para cambiar nuestras instituciones, mucho menos la realidad de la justicia. Otras estrategias son necesarias para demostrar que otra(s) justicia(s) es (son) posible (s).

V. Bibliografía

Doctrina

Libros y revistas

Abramóvich, Víctor, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

Andrade, Santiago, “Independencia judicial y estado de derecho”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Colegio de Jurisprudencia-Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional de la Universidad San Francisco de Quito, 2003.

Ávila, Luis, “Acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bahamonde, Cristhian, *ponencia sobre “Participación ciudadana y reforma judicial”*, XII Curso Internacional “Independencia Judicial, Derechos

184 Arturo Valenzuela y Jonathan Hartlyn, “Democracia en América Latina desde 1930”, en Leslie Bethell (ed.), *Historia de América Latina*, Barcelona, Crítica Grijalbo Mondadori, 1997, p. 20.

- Humanos y Carta Democrática Interamericana, Cartagena de Indias, 4-ago-2006.
- Reed, Brody, “La Independencia de los jueces y las garantías de la administración de justicia”, en *Poder judicial y democracia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.
- Comisión Internacional de Juristas, *Principios Internacionales sobre la independencia judicial y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Serie Guía para Profesionales No. 1, Ginebra, 2005.
- Estermann, Josef, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.
- Fernández, Alberto, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot,
- Fernández de Córdova, Pedro, *Estudios de derecho comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.
- Garro, Alejandro, “El acceso de los pobres a la justicia en América Latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Llasag, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Méndez, Juan, “Reforma Institucional: acceso a la justicia. Una introducción”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Montaña, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ramiro Ávila y otros (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos: neoconstitucionalismo y sociedad, T. II, Quito, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Moreno, Bayardo, *La despolitización de la justicia*, <http://www.dlh.lahora.com.ec>
- Pásara, Luis, “Justicia, régimen político y sociedad en América Latina”, en *Revista Política y Gobierno*, V. X. Núm. 2, México, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), II semestre 2003.
- Phelan, John, *El Reino de Quito en el siglo XVI*, Banco Central del Ecuador, 1998.
- Projusticia, “Hacia una ley para la justicia de paz”, en Projusticia, *Propuesta de Justicia de Paz en el Ecuador*, Quito, 2007.
- Red de Justicia-Coalición de organizaciones de la sociedad civil que trabaja para el mejoramiento y consolidación de la justicia, *Propuesta para la Asamblea Constituyente*, octubre de 2007.
- Rivadeneira, Hernán, “El Tribunal Constitucional despolitizado”, *Revista Judicial*, www.derecho.org
- Rodríguez, César, “Globalización, reforma judicial y estado de derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos rumbos en la administración de justicia*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2000.
- Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Santos, Boaventura De Souza, *Estados plurinacionales y Constituyente*, Agencia Latinoamericana para la Información (ALAI), en Lina Cahuasquí (ed.), 8-may-2008. <http://alainet.org/active/23957>.
- Silva, Carolina, “Garantía de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, y Luis Fernando Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García-Villegas, Mauricio, *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf.
- Valenzuela, Arturo y Hartlyn, Jonathan, “Democracia en América Latina desde 1930”, en Leslie Bethell (ed.), *Historia de América Latina*,

- Barcelona, Crítica Grijalbo Mondadori, 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), 1993.
- Zeitune, José, “Los estándares internacionales sobre administración de justicia”, *Perspectivas* No. 3, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (LASISL-SLADI), 2008, <http://www.lasil-sladi.org/perspectivas3.pdf>.

Periódicos

- Departamento de Prensa de la Asamblea Constituyente, Boletín 671, *Experto en plurinacionalidad expone sus ideas en la Asamblea y La Plurinacionalidad de debate en la Asamblea*, 19-mar-2008.
- Diario El Comercio, *El TC publicará la Constitución el martes*, Quito, 16-oct-2008.
- Diario El Hoy, *¡Hasta las vacas vuelan!*, Quito, 24-ene-1996.
- Diario El Hoy, *Como despolitizar la justicia*, Quito, 18-abr-1997.
- Diario el Universo, *Corte peregrina en Asamblea para frenar cambios anunciados*, Guayaquil, 17-jun-2008.
- Diario el Universo, *Corte Suprema elabora sus reformas constitucionales*, Guayaquil, 12-abr-2007.
- Diario el Universo, *El poder absoluto se concentrará en la nueva Corte Constitucional*, Guayaquil, 11-ago-2008.
- Diario El Universo, *Elección de CSJ puede tardar hasta tres meses*, Guayaquil, 23-may-2005.
- Diario El Universo, *Estarellas: es prevaricato separar a ex magistrados de la CSJ sin previa revisión*, Guayaquil, 3-ago-2005.
- Diario El Universo, *Jueces nuevos, pero con viejos nexos políticos*, Guayaquil, 4-dic-2005.
- Diario el Universo, *Mesa 3 avala Corte Constitucional como instancia de máximo nivel*, Guayaquil, 7-jun-2008
- Diario el Universo, *Miembros de la CSJ renunciarán si gana el Sí*, Guayaquil, 10-sep-2008.
- Diario el Universo, *Se debatió nuevo sistema judicial*, Guayaquil, 18-jun-2008.
- Diario el Universo, *OEA respalda a la Corte de Justicia*, Guayaquil, 11-sep-2008.

Jurisprudencia Nacional

Tribunal Constitucional del Ecuador, sentencia 020-2002-TC, RO 708: 20-nov-2002.

Internacional

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1195/01.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1643/00.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-888/04.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268-96).

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-593/02.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-593/02.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1024/02.

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, sentencia RN. 975-04: 9-jun-2004.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 2230, exp. 02-2116, 23-sep-2002.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 708, expediente 00-1683: 10-may-2001.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 708, expediente 00-1683: 10may-2001.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

Tribunal Constitucional del Perú, 0004-2006-AI, 29-mar-2006.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 00030-2005-AI, 2-feb-2006.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 004-2004-CC/TC, 31-dic-2004.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 004-2006-AI, 29-mar-2006, párr. 18.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 1812-2005-PHC/TC, Piura María Josefa-Andriazén Mauriola y otro.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 6712-2005-PHC/TC.

Normativa Jurídica Instrumentos internacionales

- Asamblea General de la ONU, resoluciones 40/32 de 29 (nov-1985) y 40/146 (13-dic-1985), *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos*, San Salvador, 17-nov-1988.
- Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, 61/295: 2-oct-2007.
- Asamblea General, Rs. 2200 A (XXI), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 16-di-1966.
- Asamblea General, Rs. 2200 A (XXI), *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 16-di-1966.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación Generales, 1990.
- Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio 169 de la OIT*, 1992.
- Consejo Económico y Social, Resolución ECOSOC 2006/23, *Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial*.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990).
- Convención sobre el Estatuto de los refugiados (1951).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).
- Convención sobre los derechos del niño (1989).
- Declaración de de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963).
- Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial 2001*, revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores, La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002.
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tra-

tamiento del delincuente, *Directrices sobre la función de los fiscales*, la Habana, 27-ago-1990.

Principios rectores de los desplazamientos internos (1998).

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Constituciones comparadas

Constitución de Chile, 1980.

Constitución de Colombia, 1991.

Constitución de España, 1978.

Constitución de Venezuela, 1999.

Constitución del Ecuador del 2008.

Proyecto de Constitución de Bolivia, 2008.

Leyes comparadas

Código de Procedimiento Civil de Colombia.

Código de Procedimiento Penal de Colombia, artículo 13.

Código de Procesal Constitucional del Perú, Ley 28237: 30-may-2004.

Corte Suprema de Chile, Auto Acordado: 5-1867.

Decreto Supremo 005-99-JUS (7-abr-1999), *Reglamento del Servicio Nacional de la Defensa de Oficio*.

Decreto Supremo 017-93-JUS: 3 de junio de 1993.

Decreto Supremo 017-93-JUS: 3 de junio de 1993.

La Ley 1/1996: 10-ene1996, *Ley de asistencia jurídica gratuita y su Reglamento de España*, aprobado por Real Decreto 2103/1996: 20-sep-1996, y modificado por Real Decreto 1455/2005: 2-dic2005.

Ley 1817 y *Reglamento del Instituto de la Judicatura de Bolivia* (Acuerdo 51/99 de 26 de julio de 1999 del Plenario del Consejo de la Judicatura).

Ley 19.346, *Ley de creación de la Academia Judicial de Chile*, 18 de noviembre de 1994.

Ley 2000-29, RO 193: 27-oct-2000.

Ley 2496 (4-ago-2003), *Creación del Servicio Nacional de Defensa Pública* (SENADEP).

- Ley 26335, *Ley Orgánica de la Academia de la Magistratura del Perú*, 21-jul-1994.
- Ley 270 (1996), *Ley estatutaria de administración de justicia de Colombia*, Diario Oficial, Año CXXXI, 42745: 15-mar-1996.
- Ley 270, *Ley estatutaria de la administración de justicia de Colombia*, Diario Oficial 42745: 15-mar-1996.
- Ley 27019 (22-dic-1998), *Creación del Servicio Nacional de la Defensa de Oficio*.
- Ley 906, Diario Oficial 45.658: 1-sep-2004.
- Ley Decretos 1400 y 2019 (agosto-octubre-1970).
- Ley Orgánica de Juntas Parroquiales del Ecuador.
- Ley Orgánica de la Justicia de Paz de Venezuela*, Gaceta Oficial 4.817 Extraordinario: 21-dic-1994.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de Venezuela*, Gaceta Oficial 5262: 11-sep-1998.
- Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, Ley 2, BOE 239: 5-oct-1979.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Gaceta Oficial 37942: 20-may-2004.
- Ley, 24-jul-1834; *Ley de Aranceles Judiciales*, 21-dic-1865 (Art. 39).
- Resolución 2004-0004 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (19-mar-2004), *Reglamento Orgánico de la Escuela Nacional de la Magistratura de Venezuela*

Leyes nacionales

- Consejo Nacional de la Judicatura, Rs. s/n, Reglamento de tasas, RO 490: 9-ene-2002.
- Decreto Supremo 891, *Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador*, RO 636: 11-sep-1974.
- Ley 2001-54, *Ley de creación de tasas judiciales y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura*, RO 464: 29-nov-2001.

Anexo Único
Cuadro comparativo sobre administración de justicia

Categoría comparativa	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Estado/justicia	Estado de derecho plurinacional	Estado de derecho plurinacional	Estado constitucional de derechos y de justicia	Estado de derecho y de justicia	Estado de derecho y de justicia
Naturaleza política	Función	Rama	Función	Poder	Poder
Origen político	Potestad popular restringida	Institucional	Potestad popular amplia	Potestad popular amplia	Potestad ciudadana restringida
Independencia judicial	Externa	Externa-interna/jurisprudencia	Externa-interna	Externa-interna/jurisprudencia	Externa
Autonomía judicial			Económica, administrativa y financiera		Económica, administrativa y financiera
Presupuesto de la justicia.- principios	Principios generales del presupuesto	Principios generales del presupuesto/jurisprudencia	Principios generales del presupuesto y garantía de las políticas públicas	Jurisprudencia	Principios especiales del presupuesto de la justicia
Gratuidad de la justicia	Gratuidad de la justicia	Garantía de acceso a la administración de justicia	Acceso a la Administración de Justicia	Ley determina para personas de bajos recursos. La jurisprudencia amplia este derecho.	Acceso a la Administración de Justicia
Organización judicial		Sistema de justicia	Sistema de justicia		Sistema de justicia

Cuadro comparativo sobre administración de justicia (continuación)

Categoría comparativa	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Limitación de participación política de los jueces			Durante y después del cargo (6 meses). No proselfismo-participación política ni religiosa.		No activismos en partidos, gremios, sindicatos o similares.
Mecanismo de elección de Tribunal o Corte Suprema	Popular	Político	Meritocrático	Político	Meritocrático
Permanencia de los jueces de las altas cortes	Período fijo	Cooptación	Período fijo	Cooptación	Período fijo
Reconocimiento de justicia indígena	Justicia indígena/integración plurinacional las altas cortes	Jurisdicción especial indígena	Justicia indígena	Funciones jurisdiccionales de comunidades campesinas y nativas	Instancias de justicia con base a tradiciones
Límites de justicia indígena	Constitución interpretada interculturalmente	Constitución y leyes	Derechos humanos, género en la integración de autoridades indígenas	Derechos fundamentales	Constitución, ley y orden público
Naturaleza de sistema de derecho indígena	Valores culturales, principios, normas y procedimientos propios.	Normas y procedimientos propios	Derecho propio	Derecho consuetudinario	Normas y procedimientos ancestrales
Conflicto jurisdiccional	Control constitucional facultativo	Remisión legal	Remisión legal y control constitucional obligatorio	Remisión legal	Remisión legal

Cuadro comparativo sobre administración de justicia (continuación)

	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Categoría comparativa					
Reconocimiento de justicia de paz	Reconocimiento constitucional y legal	Reconocimiento constitucional y legal	Reconocimiento constitucional	Reconocimiento constitucional y legal	Reconocimiento constitucional y legal
Origen de los jueces de paz	Popular/comunitario	Popular/comunitario	Popular/comunitario	Popular/comunitario	Popular/comunitario
Conflicto justicia de paz e indígena			Prevalece la indígena	Coordinación	
Institucionalidad judicial y derecho	No diferenciado	Diferenciado	Diferenciado	Diferenciado	Diferenciado
Naturaleza de la justicia	Derecho/institución	Derecho/institución	Derecho/institución	Derecho/institución	Derecho/institución
Formación y capacitación de jueces	Ley	Ley		Constitución	Ley
Reconocimiento de Defensa pública	Ley	Constitución	Constitución	Ley	Constitución
Naturaleza de Defensa Pública	Dependiente del Consejo de la Judicatura/Poder Judicial	Dependiente del Ministerio Público	Autónomo/sistema de justicia	Dependiente de la Función Ejecutiva	Dependiente/Tribunal Supremo de Justicia/Poder Judicial

Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?

Claudia Escobar García

Sumario

I. Introducción. II. Organización y estructura de la Corte Constitucional. 2.1. Órgano autónomo por fuera del poder judicial. 2.2. Sistema de designación de los miembros de la Corte Constitucional. 2.3. Período de los miembros de la Corte Constitucional. 2.4. Posibilidad de reelección. 2.5. Prohibición de juicio político. 2.6. Las salas. III. Funciones de la Corte Constitucional. 3.1. Fuentes de las atribuciones de la Corte Constitucional. 3.2. Atribuciones de la Corte Constitucional. 3.2.1. Interpretación de la Constitución. 3.2.2. Control abstracto de la constitucionalidad. 3.2.2.1. Acción popular. 3.2.2.2. Paso de un sistema de concentrado a uno semi-concentrado de constitucionalidad. 3.2.2.3. El control sobre las reformas a la Constitución. 3.2.2.4. El control sobre los tratados internacionales. 3.2.2.5. El control sobre los estados de excepción. 3.2.2.6. El control sobre los mecanismos de participación popular directa. 3.2.2.7. Las omisiones normativas inconstitucionales. 3.3. Control concreto de la constitucionalidad. 3.4. Garantías judiciales de los derechos constitucionales. 3.4.1. Revisión eventual de sentencias constitucionales de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública. 3.4.2. Acción (recurso) extraordinaria de protección. 3.4.3. La acción por incumplimiento. 3.4.4. La “acción ciudadana”. 3.5. Otras funciones de la Corte Constitucional. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La teoría y la práctica constitucional contemporánea se encuentran en permanente construcción y debate. Temas como la interpretación constitucional, la obligatoriedad del precedente judicial, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho constitucional de cada país, las omisiones legislativas inconstitucionales o la modulación de sentencias constitucionales, son especialmente problemáticos y están lejos de tener respuestas definitivas.

Sin embargo, existen algunos acuerdos elementales sobre los que no hay mayor discusión. Así, es relativamente claro que la justicia constitucional juega un rol fundamental en las democracias contemporáneas, al contribuir decisivamente en el proceso de constitucionalización del sistema jurídico y en la protección y garantía de los derechos humanos. Casos paradigmáticos se encuentran en países como Alemania, España, Italia, y en el contexto latinoamericano, en Costa Rica y Colombia, donde sus respectivos jueces constitucionales han tenido un papel determinante en la conformación y consolidación de un Estado constitucional de Derecho.

Distintos factores de orden político, social y económico explican el “éxito” de la justicia constitucional en estos países: existencia de una cultura jurídica dinámica y pujante, amplia preparación y trayectoria académica de los magistrados que conforman el Tribunal o la Corte Constitucional, alto nivel de confianza de la ciudadanía en la justicia, niveles adecuados de judicialización de los conflictos sociales, entre otros. De igual modo, existe un factor normativo que explica este fenómeno: así como una normativa deficiente puede dificultar la aparición de una justicia constitucional de calidad, de igual modo una óptima normatividad puede contribuir a su buen funcionamiento.

En este marco, el presente escrito se propone realizar una exploración crítica de la regulación de la Corte Constitucional consagrada en la Constitución Política del Ecuador del 2008 (CP). Este análisis se efectuará en dos niveles: uno descriptivo, en el que se explicará el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, y uno crítico, en el que se determinará hasta qué punto la nueva regulación responde adecuadamente a las necesidades y desafíos de la justicia constitucional. La investigación tendrá una perspectiva comparada, con el objeto de identificar las continuidades y rup-

turas con respecto a la Constitución Política de 1998 (C/98), y las similitudes y diferencias con las constituciones de los países andinos (Bolivia¹, Colombia, Perú y Venezuela).

Para tal efecto, se abordarán dos temáticas básicas: una parte orgánica, en la que se estudiarán temas específicos relativos a la organización y estructura de la Corte Constitucional, tales como la designación, el período y la reelección de los magistrados, entre otros, y una parte funcional, en la que se examinarán sus atribuciones en materia de control constitucional, tales como el control abstracto y concreto de constitucionalidad y la garantía judicial de los derechos constitucionales.

El supuesto desde el cual se aborda el examen de esta regulación, es que el componente normativo del Derecho es tan solo uno de los factores que determinan su funcionamiento y que, por consiguiente, una adecuada regulación de ninguna manera garantiza la existencia de una justicia constitucional aceptable, así como una regulación deficiente tampoco constituye un obstáculo infranqueable en el control constitucional y en la garantía de los derechos constitucionales. La experiencia comparada demuestra, por ejemplo, que las restricciones legales pueden ser neutralizadas con un alto nivel de creatividad judicial, así como las bondades legales pueden ser desperdiciadas si no existen jueces rigurosos y comprometidos con el Derecho y la justicia.

II. Organización y estructura de la Corte Constitucional

Muchas cuestiones, todas muy delicadas, atraviesan la organización y estructura de la Corte Constitucional: ¿cómo deben ser designados sus miembros? ¿Qué grado de autonomía deben tener sus despachos? ¿Qué funciones debe tener la Secretaría General? ¿Qué perfil deben tener los abogados auxiliares? ¿Qué porcentaje del presupuesto del Estado debe corresponder a la justicia constitucional? ¿Qué parte de su personal debe pertenecer a

1 Debe aclararse que el estudio comparado se realizará con respecto a la Constitución Política aprobada por la Asamblea Constituyente en el año 2007, pero que aun no ha sido sometida a referendo, como corresponde según el sistema jurídico boliviano.

la carrera judicial? Cualquiera de estos interrogantes admite múltiples respuestas y cualquier variación o matiz en ella puede alterar significativamente el desempeño de la justicia constitucional. En este capítulo únicamente nos referiremos a aquellas que han sido desarrolladas en la Constitución Política y que revisten especial importancia.

2.1. Órgano autónomo por fuera del poder judicial

Aunque aparentemente la inclusión de la Corte Constitucional dentro del Poder Judicial constituye un asunto formal y secundario, la decisión tiene repercusiones importantes. Por este motivo, la teoría constitucional discute la pertinencia y utilidad de incluir a los jueces constitucionales dentro del Poder Judicial.

Quienes responden afirmativamente, presentan tres tipos de argumentos:

(1) Por un lado, se sostiene que en la medida en que los jueces constitucionales cumplen materialmente una función jurisdiccional, carece de sentido pretender conformar un poder autónomo y ajeno al Poder Judicial. Tanto en materia de constitucionalidad abstracta como en materia de las garantías judiciales de los derechos constitucionales, se sigue la misma lógica de la función judicial: en el primer caso, se confronta una norma particular con la norma suprema para determinar si existe alguna incompatibilidad normativa, y, en el segundo caso se aplica la Constitución Política y especialmente las disposiciones que consagran los derechos, a hechos particulares. Como el juez constitucional utiliza los mismos procedimientos, criterios y métodos de la función judicial, no es posible trazar una distinción sustancial entre la labor del juez constitucional y la de los demás jueces².

(2) Por otro lado, se sostiene que en aras de la igualdad y la equidad, las Cortes y Tribunales Constitucionales deberían seguir la misma dinámica y

2 Sobre la naturaleza y la legitimidad de la jurisdicción constitucional, consúltese Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp.157-222.

la misma lógica del Poder Judicial: deben someterse a la misma política salarial, al mismo régimen de recursos humanos y a los mismos procedimientos administrativos y financieros. No sería equitativo que se le otorgara a las Cortes y Tribunales Constitucionales una autonomía y un tratamiento del que no gozan los demás jueces ni las otras Altas Cortes.

(3) Por último, la incorporación al Poder Judicial tiene la gran ventaja de liberar a las Cortes y Tribunales de toda la carga administrativa, trasladándose a los Consejos de la Judicatura u órganos análogos, encargados de la administración del Poder Judicial. De ser un órgano por fuera del Poder Judicial, las Cortes y Tribunales Constitucionales dejarían de ser un órgano de control constitucional, y pasarían a ser un órgano burocrático con departamentos administrativos, financieros, de planificación y de recursos humanos, con todas las desventajas que esto implica.

Otros, en cambio, sostienen que las Cortes y Tribunales Constitucionales deben estar por fuera del Poder Judicial, por tres razones:

(1) En primer lugar, se aduce que éstos son órganos *sui generis* que, en estricto sentido, no cumplen funciones judiciales sino políticas: mientras que los jueces ordinarios aplican normas jurídicas, especialmente de orden legal, a casos particulares, aquellos “juzgan” leyes; mientras en la justicia ordinaria existe un sometimiento estricto al sistema jurídico, el juez constitucional tiene un amplio margen de discrecionalidad; mientras que los jueces ordinarios cumplen una función estrictamente jurídica, la justicia constitucional cumple una función política, más que jurídica. Estas particularidades justifican su autonomía y su separación del Poder Judicial.

(2) Por otro lado, se sostiene que en la medida en que los jueces constitucionales se encargan de garantizar la fuerza normativa de la Carta Política, norma suprema dentro del sistema jurídico, éstas deben estar por encima de todos los poderes del Estado. Es decir, la superioridad jerárquica de la Constitución debe traducirse en la superioridad institucional de su garante, la Corte Constitucional.

(3) Por último, se sostiene que los jueces constitucionales deben gozar de plena autonomía administrativa, financiera y presupuestal frente a todos los poderes, incluso frente al Poder Judicial, para garantizar su independencia. En este sentido, la sujeción de la Corte o Tribunal Constitucional a las políticas del Consejo de la Judicatura se traducirá, necesariamente, en una subordinación frente al Poder Judicial, que es objeto de su control.

En este complejo contexto, los países latinoamericanos andinos han adoptado diferentes sistemas. Por un lado, las Constituciones boliviana (art. 189), colombiana (art. 239) y venezolana (art. 253) han adoptado el primer modelo, considerando que el Tribunal Constitucional, la Corte Constitucional y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, hacen parte del Poder Judicial. Por otro lado, Ecuador y Perú han adoptado el modelo contrario: la Constitución peruana (art. 201) instituye al Tribunal Constitucional como órgano autónomo del Estado; y en el caso del Ecuador, tanto la Constitución Política de 1998 como la Constitución del 2008 siguen este mismo diseño institucional.

El modelo previsto en la Constitución Política tiene ventajas y desventajas. Por un lado, pueden plantearse diversos reparos teóricos al sistema: las Cortes y Tribunales Constitucionales deben ser órganos judiciales, sometidos a sus mismas exigencias argumentativas y a sus mismos métodos, criterios, procedimientos de decisión. Si bien es cierto que sus decisiones eventualmente tienen un marcado tinte político (como cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes u otros actos normativos), también es cierto que éste carácter es predicable de las muchas otras funciones ejercidas por el Poder Judicial en general, como acontece con las competencias atribuidas a los jueces ordinarios en materia de amparo, o con las de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos. Por otro lado, tampoco existe un nexo causal entre la pertenencia al Poder Judicial y la independencia frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, pues ésta se encuentra determinada por otro tipo de factores normativos, como el sistema de designación, la posibilidad de remoción por el Congreso Nacional, el período y la posibilidad de reelección de los magistrados, la regulación en materia presupuestal, y aun más, con factores extra norma-

tivos, como su grado de legitimidad, el sistema argumentativo, la fortaleza del sistema de precedentes, etc. Por último, tampoco es válido el argumento de la supremacía de la Constitución dentro del sistema jurídico, pues las democracias contemporáneas rechazan la existencia de un órgano supremo dentro del Estado que elimine de plano del delicado sistema de pesos y contrapesos al poder.

De igual modo, existen reparos de orden práctico. El que este órgano sea autónomo implicará que gran parte de sus recursos humanos, técnicos y económicos se destinen a labores ajenas al control constitucional: complejos procesos de contratación estatal, vinculación de personal, planificación, administración, etc. La Corte Constitucional tiene, entonces, el gran reto de convertirse en un ente eficiente no burocrático, en el que la labor básica sea la de realizar el control de la constitucionalidad en todos sus niveles.

Sin perjuicio de lo anterior, la autonomía anotada evitará cualquier tipo de subordinación o sumisión frente al Poder Judicial y, especialmente, frente al Consejo de la Judicatura, y dotará a la Corte Constitucional de un amplio margen de flexibilidad en sus políticas administrativas, presupuestales y financieras. El desafío de la Corte será, entonces, el de utilizar esta autonomía y flexibilidad de manera responsable, como mecanismo para garantizar un adecuado y eficiente sistema de control constitucional.

2.2. Sistema de designación de los miembros de la Corte Constitucional

El sistema de designación de los miembros de las Cortes y Tribunales Constitucionales ha sido ampliamente debatido y hasta el momento no existen consensos sobre el modelo adecuado. Probablemente no existe un sistema intrínsecamente satisfactorio, sino simplemente algunos criterios generales que deben ser contextualizados para determinar su pertinencia y utilidad en casos particulares. En términos generales se ha entendido que el sistema debe garantizar la idoneidad profesional y ética de sus miembros, que los poderes controlados por la Corte o Tribunal deben tener algún grado de incidencia en su designación, y que el modelo debe permitir y garantizar la independencia judicial.

En este marco, teóricamente existen tres modelos básicos:

(1) La designación a través del sufragio universal, que busca asegurar la legitimidad democrática del juez constitucional, en el entendido de que éste órgano cumple funciones político-jurídicas de gran relevancia nacional, que trascienden las tradicionales funciones técnicas del Poder Judicial y que son asimilables a las ejercidas por el Presidente de la República y el Poder Legislativo.

(2) La designación a través de concursos públicos, que pretende garantizar la idoneidad profesional de sus miembros, como mecanismo para asegurar la legitimidad e independencia.

(3) La designación discrecional y directa por los integrantes de los poderes del Estado. Existen muchas variantes de este sistema: algunos permiten la participación de todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), mientras que en otros se privilegia tan solo a uno de ellos, como ocurre con la denominada “cooptación”, en la que la misma corporación judicial designa a sus sucesores, o con la designación discrecional por parte del Poder Legislativo.

En términos generales, los regímenes constitucionales andinos han seguido este último modelo, aunque en el caso de Bolivia y Venezuela se han añadido ingredientes de la designación a través de la participación directa de la ciudadanía, si bien ésta tiene un alto componente simbólico más que un efecto real y directo en la nominación. En el caso boliviano, los magistrados son elegidos mediante sufragio universal, de candidatos propuestos por la sociedad civil y pre-seleccionados por la Asamblea Nacional Plurinacional (Art. 207); por su parte, en Venezuela, la designación es realizada por la Asamblea Nacional, previa pre-selección del Comité de Postulaciones Judiciales y del Poder Ciudadano, y previa participación de la ciudadanía (Art. 264); nótese que en ambos casos la participación ciudadana tiene un papel secundario, y que el gran filtro viene a estar en cabeza del Poder Legislativo.

Por otro lado, en Colombia y Perú la designación es realizada directamente por los poderes del Estado. En el primer caso existe una participación de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial: los magistrados son ele-

gidos por el Congreso, de ternas enviadas por el Presidente, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (Art. 239). En cambio, en el Perú se privilegia al Poder Legislativo, pues son elegidos directa y discrecionalmente por el Senado de la República (Art. 201).

Históricamente, el Ecuador se ha mantenido dentro de este tercer modelo. La Constitución de 1998 establecía la designación por el Congreso Nacional, de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Congreso Nacional, los alcaldes y prefectos provinciales, las centrales de trabajadores, las organizaciones indígenas y campesinas y las Cámaras de la Producción (Art. 275). La utilización de este modelo, sin embargo, no produjo buenos resultados, pues fue entendido como un sistema de cuotas políticas, en las que sus integrantes debían responder directamente a una lógica gremial y partidista. Precisamente, una de las mayores críticas al Tribunal Constitucional fue la de su composición.

Por este motivo, la Constitución Política prevé un sistema distinto, que aunque se encuadra dentro del tercer modelo de designación discrecional por los poderes del Estado, introduce elementos de la participación ciudadana directa y del concurso. Así, el artículo 434 dispone que la selección de los miembros se encuentra precedida de las siguientes fases³:

(1) Integración de una Comisión Calificadora. Esta Comisión está conformada por seis (6) personas, designadas por las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social.

(2) Postulación de candidatos por las funciones anteriores.

(3) Realización de un concurso público, con veedurías y posibilidad de impugnación ciudadana.

3 Artículo 434: “Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un concurso público, con veeduría ciudadana y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres. El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley”.

(4) Designación de miembros por la Comisión Calificadora, en la que se debe procurar la paridad entre hombres y mujeres.

Lo primero que salta a la vista es que la integración de la Corte Constitucional ya no tiene este carácter gremial que tenía anteriormente. La conformación de una Comisión Calificadora, la obligación de realizar un concurso público, la previsión de veedurías y la posibilidad de la impugnación, seguramente incidirán en el nivel técnico de los miembros y en la legitimidad de la justicia constitucional del Ecuador.

Sin perjuicio de lo anterior, este sistema de designación contiene distintas falencias.

En primer lugar, si lo que se pretendía era una designación meritocrática y abierta, carece de sentido limitar el concurso a las personas postuladas previamente por los poderes Ejecutivo, Legislativo y de Transparencia y Control Social. Este primer gran filtro hará que la fase de concurso público tenga más bien un carácter simbólico, formal y secundario dentro del proceso de selección, por cuanto el gran filtro sigue siendo discrecional y político. Frente a esta deficiencia, sin embargo, por vía legal podría disponerse una fase inicial de pre-selección, encaminada a conformar una lista de elegibles a la cual se deben sujetar los tres poderes del Estado.

En segundo lugar, no parece razonable que todos los poderes del Estado, salvo el Judicial, participen en la conformación de la Comisión Calificadora. Esta exclusión se encuentra injustificada, y más aun cuando precisamente el Poder Judicial será objeto de control por la Corte Constitucional, a través de la producción de jurisprudencia vinculante, de la revisión de las sentencias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información, y a través del recurso extraordinario de protección. Si la idea es que todos los poderes controlados tengan incidencia en la designación del órgano controlante, resulta incongruente excluir al Poder Judicial.

En tercer lugar, el artículo 434 no indica si el concurso es de méritos, oposiciones o una combinación de ambos, y tampoco establece la vinculatoriedad de los resultados del concurso. En efecto, la Constitución Política simplemente dispone que la designación debe estar precedida de un concurso público, pero de esto no se desprende que los miembros deben ser elegi-

dos en el mismo orden de elegibilidad que arroje el proceso; podría entenderse que el concurso es únicamente una guía, pero que de ningún modo obliga a elegir según el orden allí determinado. En virtud del principio hermenéutico del efecto útil, debe entenderse que la lista que resulte del concurso, tiene fuerza vinculante.

Por último, tampoco resulta claro el efecto jurídico de la disposición a favor de la paridad entre géneros. Primero, no se establece si se trata de una obligación de medio o de una obligación de resultado, por lo que no se sabe si se tendrá que diseñar e implementar un sistema de cuotas, si bastará con las acciones afirmativas que existen actualmente en la legislación, o si la disposición implicará únicamente un acto de buena voluntad por parte de la Comisión Calificadora. También llama la atención que únicamente se haya tenido en cuenta el género como factor de discriminación y que se hayan obviado y excluido otros que son igualmente relevantes; la Constitución boliviana, por ejemplo, en virtud del criterio de pertenencia étnica, dispuso expresamente que la mitad de los magistrados deben pertenecer a la jurisdicción indígena ordinaria campesina, elegidos de acuerdo con criterios de plurinacionalidad (Art. 206).

En este contexto, la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC) debe regular todos estos temas, y en particular deberá incluir:

(1) Una fase de pre-selección objetiva efectuada por el Consejo de la Judicatura u otro análogo, encaminada a determinar una lista de elegibles, a partir de la cual los poderes Ejecutivo, Legislativo y de Transparencia y Control Social efectúan la postulación de candidatos.

(2) Los criterios generales con arreglo a los cuales se efectúa el concurso adelantado por la Comisión Calificadora y, en particular, el peso relativo que el mérito y la oposición tendrán dentro del proceso.

(3) Los criterios y los efectos jurídicos de las acciones afirmativas que se adopten para asegurar la igualdad real. En la medida en que el principio de igualdad debe irradiar todo el sistema jurídico (Art. 11), la Ley Orgánica de Control Constitucional debe tener en cuenta todos los factores potencialmente discriminatorios, y no únicamente el género, para establecer las

acciones afirmativas a que haya lugar (como la paternidad/maternidad, la pertenencia étnica, la discapacidad y el hecho de ser padre o madre cabeza de familia).

2.3. Período de los miembros de la Corte Constitucional

Mucho se ha debatido sobre el período que deben tener los miembros de las Altas Cortes, sin que hasta el momento se hayan obtenido acuerdos en este sentido. Teóricamente existen cuatro modelos básicos: En primer lugar, se puede optar por el modelo de los nombramientos vitalicios, en los que el juez no se encuentra sometido a ningún período, estando en posesión de su cargo hasta su muerte o hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. En segundo lugar, se puede optar por un largo período, que puede oscilar entre los doce y veinte años. En tercer lugar, se puede optar por un modelo intermedio, que oscila entre los ocho y doce años. Por último, se puede optar por un corto período de tiempo, que oscila entre los tres y los ocho años.

Aunque no existe un modelo intrínseca y generalmente conveniente, la práctica constitucional ha considerado inconvenientes los dos modelos extremos: en el primer caso, se ha argumentado que los cargos vitalicios son contrarios a los regímenes democráticos, y que impiden la renovación, el dinamismo y la evolución de las prácticas constitucionales. En el segundo caso se ha sostenido que los cortos períodos, especialmente cuando coinciden con los de los poderes Ejecutivo y Legislativo, erosionan tanto la independencia judicial como la estabilidad en las prácticas judiciales.

En este marco, los países andinos han optado en términos generales, o bien por los sistemas intermedios, o bien por los cortos períodos. Así, los magistrados de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela tienen un período de doce años (Art. 264), mientras que en Colombia es de ocho años (Art. 239). Bolivia y Perú, en cambio, optan por los cortos períodos de cinco y tres años respectivamente (Arts. 209 y 201).

El Ecuador, por su parte, ha transitado de los cortos períodos hacia los períodos intermedios. En efecto, la Constitución de 1998 lo fijó en cuatro años (Art. 275), mientras que la Constitución Política lo fija en nueve (Art. 432). Es de esperar que este nuevo diseño institucional sirva de incentivo

para que sus miembros, antes que satisfacer las demandas políticas de los poderes Ejecutivo y Legislativo, utilicen este amplio período para destacarse profesionalmente y demostrar su fortaleza e independencia⁴.

2.4. Posibilidad de reelección

Unido al problema de los períodos, se encuentra el de la prohibición de reelección. Teóricamente se encuentran tres modelos básicos: la prohibición absoluta de reelección, que se ha justificado por incentivar la independencia judicial: el argumento que se esgrime es que cuando normativamente se prohíbe la reelección, el juez constitucional tiende a buscar un mejor desempeño profesional y a ejercer una mayor independencia frente a los poderes del Estado, para lograr posteriormente una nueva incorporación por fuera de los estrados judiciales. Existe un sistema intermedio que limita la reelección, bien sea prohibiendo la reelección inmediata, o bien sea permitiendo la reelección por una sola vez. Por último, se encuentra el sistema de la reelección indefinida, que se justifica por permitir el reconocimiento de aquellos magistrados que se han desenvuelto exitosamente en el ejercicio del cargo.

Los países andinos han seguido diversos modelos: así, Colombia y Venezuela adoptan el primero de ellos, prohibiendo la reelección de los magistrados de la Corte Constitucional (Art. 239) y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 264) respectivamente. Por el contrario, las Constituciones boliviana y peruana adoptan un sistema intermedio, prohibiendo únicamente la reelección inmediata (Arts. 209 y 201).

El Ecuador, por su parte, ha transitado de la posibilidad de reelección indefinida hacia el sistema intermedio. En efecto, mientras la Constitución de 1998 expresamente permitió la reelección de los vocales del Tribunal Constitucional, la Constitución Política prohíbe la reelección inmediata (Art. 432). Dada la trayectoria ecuatoriana, en la que la posibilidad de reelección se ha constituido en una fuente de dependencia del Tribunal

4 Artículo 432: “ (...) La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros (...) Desempeñarán sus cargos por un período de nueva años (...)”.

Constitucional frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, resulta altamente conveniente la prohibición de reelección inmediata, aunque probablemente hubiese sido mejor optar por el sistema de la prohibición absoluta. Habría que estudiar la constitucionalidad de una prohibición absoluta de reelección por vía legal.

2.5. Prohibición de juicio político

Otra de las grandes preguntas en los regímenes contemporáneos consiste en la posibilidad de realizar juicio político a los magistrados de las Altas Cortes, y específicamente a los de las Cortes y Tribunales Constitucionales. Es claro que los magistrados son responsables penal, civil y disciplinariamente, y para hacer efectiva esta responsabilidad pueden existir o no fueros especiales. La pregunta es si los jueces pueden ser objeto de juicios políticos. Quienes responden en sentido afirmativo, argumentan que los Tribunales y Cortes Constitucionales son órganos de naturaleza político-jurídica, cuyas decisiones tienen tanto impacto y relevancia como las de los poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que deben tener un control acorde con su naturaleza: un control político. Quienes responden en sentido contrario, sostienen que las Cortes y Tribunales Constitucionales son órganos judiciales que deben gozar de todas las garantías de estabilidad e independencia del Poder Judicial en general, por lo que carece de sentido que sean susceptibles de un juicio de esta naturaleza.

Frente a esta disyuntiva, los países andinos han respondido en diferentes sentidos. Dentro de los países que no prevén el juicio político se encuentran Colombia y Perú, que únicamente establecen un fuero general para investigar y juzgar los delitos (Arts. 174 y 178, y 99 y 100, respectivamente). Por el otro lado, la Constitución venezolana expresamente prevé la remoción de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por parte de la Asamblea Nacional, previa intervención del Poder Ciudadano (Art. 265). La Constitución boliviana constituye un caso *sui generis*, pues dispone que los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional pueden ser removidos por sentencia ejecutoriada como resultado de un juicio de responsabilidades, por revocatoria del mandato y por las demás procedimientos previstos en la Constitución y la ley (Art. 211); esta revocatoria

del mandato es consecuente con sus sistema de designación a través del sufragio universal.

El Ecuador, por su parte, ha pasado de prever un juicio político en cabeza del Congreso Nacional, a la prohibición expresa de la figura. En efecto, la Constitución Política de 1998 atribuía al Congreso Nacional la función de enjuiciamiento político de los vocales del Tribunal Constitucional (Art. 130.9); dado el bajo nivel de legitimidad y de institucionalidad de este organismo, el Congreso hizo uso de esta atribución en diferentes oportunidades, lesionando significativamente la independencia judicial. Lo grave no solo ha sido la destitución que de hecho ha ocurrido en diversas ocasiones, sino la amenaza que ésta ha representado y que se ha traducido en una fuente de dependencia frente a los demás órganos del Estado y en un condicionamiento de sus decisiones.

Por esta razón, el artículo 431 de la Constitución Política prevé expresamente que *“los miembros de la Corte Constitucional no estará sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen (...) Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional (...)”*. Con seguridad, esta prohibición repercutirá positivamente en la independencia de la Corte Constitucional.

2.6. Las salas

Aparentemente, la conformación o no de salas al interior de las Cortes y Tribunales Constitucionales constituye un asunto meramente procedimental y secundario. En realidad, sin embargo, guarda una estrecha relación con la institucionalidad, la legitimidad y eficiencia de la justicia constitucional. Teóricamente, existen tres modelos básicos: en primer lugar, se puede optar por la conformación de una única sala plena, encargada de decidir todos los asuntos de constitucionalidad; este modelo tiene sustento en la necesidad de garantizar la homogeneidad en los criterios y políticas judiciales, y en la de otorgarle la mayor legitimidad posible a las decisiones de la justicia constitucional. En el extremo contrario se encuentran aquellos sistemas en los que todas las decisiones se encuentran a cargo de salas específicas, en el entendido de que la distribución del trabajo asegura la eficiencia de la justicia constitucional, y de que mecanismos alternativos pueden garantizar la cohe-

rencia de las decisiones de las distintas salas. Por último, se encuentran sistemas intermedios, en los que los asuntos sometidos a la Corte son resueltos, o bien por la sala plena, o bien por salas específicas que se conforman según múltiples criterios.

En los países andinos, el denominador común ha sido la inexistencia de regulación a nivel constitucional, por lo que puede sostenerse que éste no ha sido un asunto con relevancia constitucional. En la práctica, sin embargo, el problema ha sido resuelto de distinto modo. Por un lado, se encuentran Bolivia, Perú y Venezuela, en los que existe una única sala que resuelve todos los asuntos; en el caso venezolano este hecho se explica porque el juez constitucional es de por sí una sala especializada del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que sería difícil pensar en sub-salas; en Perú y Bolivia seguramente tiene que ver con la existencia de muy pocos magistrados, lo que impide la conformación de salas. Por su parte, Colombia ha adoptado un sistema intermedio: por un lado, existe una sala plena, encargada de resolver los asuntos de constitucionalidad abstracta (“sentencias C-“) y de adoptar las denominadas “sentencias de unificación” o “sentencias SU-“, que son las sentencias de tutela que implican una unificación jurisprudencial; por otro lado, existen las salas de decisión, que resuelven los asuntos de tutela (“sentencias T-“); y por último, existen las salas de selección, encargadas de realizar el proceso de selección de sentencias de tutela provenientes de la justicia ordinaria para su revisión por la Corte Constitucional.

El Ecuador, por su parte, se ha mantenido en el sistema intermedio, aunque con algunas variaciones que pueden tener implicaciones significativas en la práctica constitucional. Bajo el imperio de la Constitución de 1998 el Tribunal Constitucional se organizó con una sala plena y tres salas. La existencia de estas tres salas fue duramente criticada por dos razones: primero, por presentarse continuas y frecuentes inconsistencias en las decisiones judiciales provenientes de las distintas salas; con cierta frecuencia se encuentran fallos que resuelven un mismo problema jurídico de manera diferente, sin que el cambio de precedente se ponga en evidencia y se justifique; y segundo, por la supuesta existencia de salas poco transparentes, que sin tener en cuenta los criterios y lineamientos de la corporación, resolvían los asuntos a partir de intereses particulares y criterios extra-normativos.

Seguramente por este motivo el artículo 429 de la Constitución Política dispuso expresamente que *“las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”*. Se trata de la única Constitución en la región que otorga relevancia constitucional a este asunto. ¿Cuál es el alcance de esta disposición?

Lo que resulta claro es que este precepto no debe ser entendido como una prohibición de conformación de salas. Esto, por cuanto el propio texto constitucional dispuso que el Pleno debe decidir sobre las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución; esto significa que las atribuciones previstas por fuera de la Corte pueden ser resueltas, o bien por el pleno, o por bien por salas específicas. Por otro lado, el propio artículo 432 de la Constitución Política dispuso que los miembros de la Corte Constitucional ejercen sus funciones en plenario y en salas, de acuerdo con la ley⁵.

De lo anterior se desprende por un lado, que no existe una prohibición de conformar salas, y por otro, que éstas no podrán resolver sobre los asuntos previstos en la Constitución, sino únicamente sobre cuestiones administrativas y sobre asuntos jurídicos atribuidos por vía legal o infra-legal. El control abstracto de constitucionalidad, la revisión de las sentencias de protección, hábeas data, hábeas corpus y acceso a la información, las acciones de cumplimiento, las acciones extraordinarias de protección, la resolución de los conflictos de competencias y las funciones políticas, deberán ser resueltas en sala plena.

Este diseño normativo, sin embargo, presenta algunas deficiencias. Por un lado, puede colisionar con la gran cantidad de atribuciones constitucionales, que ninguna de las constituciones andinas prevé. El hecho de que todas las decisiones de la Corte Constitucional relacionados con el control abstracto y concreto de constitucionalidad, con la resolución de los conflictos de competencias y con el ejercicio de las funciones políticas deban ser resueltas por el pleno, probablemente incidirá en la congestión judicial. Por este motivo, el diseño institucional de la Corte debe prever de antemano y hacer frente a este peligro potencial.

5 Artículo 432: “La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y de salas de acuerdo con la ley”.

Por otro lado, como las atribuciones constitucionales solo pueden ser resueltas en sala plena, mientras que las conferidas por vía legal pueden ser resueltas o por ésta o por las salas, podrán existir asuntos de mucha trascendencia que podrán ser conocidos por las salas (como el control abstracto de las reformas constitucionales), mientras que otros de menor relevancia deberán ser revisados por la sala plena (como la reiteración de jurisprudencia a través de la revisión de las sentencias de protección).

Por último, los problemas surgidos al amparo de la Constitución de 1998 podrían ser superados sin necesidad de prohibir la conformación de salas para el cumplimiento de las atribuciones constitucionales. Por un lado, las inconsistencias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tienen relación directa e inmediata con la existencia de salas, sino con una ausencia de disciplina jurisprudencial, producto de la mentalidad legalista que atribuye a la jurisprudencia un papel secundario dentro del sistema de fuentes del Derecho. Por este motivo, en muchas oportunidades se han presentado inconsistencias entre las providencias de una sala y el pleno, o entre fallos de una misma sala, o en la jurisprudencia del pleno. Recuérdese que a pesar de que el propio Reglamento del Tribunal dispone expresamente que su Secretario General tiene la obligación de informar sobre los precedentes jurisprudenciales para cada caso (Art. 42), el precepto no ha sido aplicado. Por otro lado, se pueden diseñar de manera creativa e ingeniosa sistemas que impidan la rutinización jurisprudencial, las inconsistencias jurisprudenciales y los focos de corrupción, tales como la rotación y el cambio periódico de las salas, su conformación a través de sorteos y la designación de magistrados auxiliares rotativos.

De acuerdo con esto, independientemente de la preceptiva constitucional, lo determinante será emprender la creación de un sistema de precedentes judiciales que asegure la coherencia en la jurisprudencia constitucional, y sistemas de decisión que garanticen la racionalidad, el dinamismo y la transparencia en la resolución de los problemas jurídicos. Por otro lado, frente a la imperatividad de la regulación constitucional en este sentido, se deberá dotar a la nueva Corte de los instrumentos, mecanismos y del soporte económico, técnico y humano que asegure la eficiencia de la sala plena frente al descomunal trabajo que se avecina. Y por último, resulta altamente conveniente el trabajo a través del sistema de ponencias, que usualmen-

te promueve un incremento en la calidad del trabajo de las corporaciones judiciales, por la individualización de la responsabilidad de los magistrados ponentes.

III. Funciones de la Corte Constitucional

3.1. Fuentes de las atribuciones de la Corte Constitucional

Existe consenso sobre la necesidad de que el sistema jurídico atribuya a las Cortes y Tribunales Constitucionales *todas y únicamente* las competencias propias del control constitucional. Es decir, éstos deben contar con todas las atribuciones propias de este control, y no deben ejercer ninguna otra que sea ajena a su naturaleza. Para asegurar este objetivo, existen diferentes modelos normativos: por un lado, es posible que la Constitución establezca un listado taxativo de atribuciones; este sistema es conveniente en la medida en que la lista contenga todas las atribuciones propias del control constitucional, pues evitará que por vía legal o reglamentaria se asignen o se supriman funciones ajenas a su naturaleza; sin embargo, si las atribuciones no son completas, el juez constitucional tendrá graves limitaciones en la garantía de la supremacía constitucional. Otra posibilidad es que la Constitución Política guarde silencio sobre el punto, y que la cuestión sea desarrollada por el sistema normativo infraconstitucional; este modelo tiene un alto nivel de peligrosidad, por dejar en manos de normas jerárquicamente inferiores y fácilmente sustituibles, modificables, derogables y hasta manipulables políticamente, una de las cuestiones más importantes en la organización del Estado y en la garantía de la supremacía constitucional. Por último, existen modelos intermedios en los que la definición de las competencias del juez constitucional es el resultado de la interacción entre las distintas fuentes del Derecho.

Con excepción de Colombia, los países andinos han optado por los sistemas intermedios: en Bolivia, Perú y Venezuela la definición de las competencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respectivamente, constituye un asunto de competencia constitucional e

infra-constitucional (Arts. 212, 202 y 336). Por el contrario, en Colombia la Carta Política fija un listado taxativo de competencias (Art. 241).

En este marco, el Ecuador se ha mantenido en la misma línea de Bolivia, Perú y Venezuela. En efecto, la Constitución de 1998 dispuso que el Tribunal Constitucional ejercería las funciones previstas en el propio texto constitucional, y las atribuidas por vía legal (Art. 276). La Constitución Política sigue en esta línea, al prescribir que la Corte Constitucional ejerce las funciones descritas a lo largo del texto constitucional, y las previstas en la ley (Art. 436)⁶.

Esta norma tiene entonces un doble efecto jurídico: por un lado, las fuentes de las atribuciones del juez constitucional son dos: la Carta Política y la ley. Por otro lado, el efecto del listado de funciones es el de fijar un mínimo de atribuciones; la ley, por tanto, puede ampliar su espectro, pero respetando, como es obvio, el mínimo constitucional. Lo que falta por definir es el alcance de la expresión “ley”, que puede ser entendida en distintos sentidos: en sentido estricto, como sinónimo de ley orgánica, en un sentido más amplio como sinónimo de las normas expedidas por la Asamblea Nacional, o en un sentido mucho más amplio, como sinónimo de ordenamiento jurídico, que incluiría también los reglamentos y demás normas infra-legales.

Aunque en la teoría constitucional este diseño puede ser cuestionable, en el contexto específico de la Constitución Política esta “puerta abierta” puede resultar ventajosa, pues las insuficiencias del listado de atribuciones contenido en los artículos 436, 437 y 438 podrán ser suplidos a través de la ley. Es decir, este modelo constituye una oportunidad para fortalecer, de manera inteligente y cautelosa, la justicia constitucional. Se debe, por un lado, adjudicar a la Corte todas las competencias que sean indispensables para garantizar judicialmente la supremacía constitucional. Pero por otro lado, se debe evitar atribuir aquellas que no tengan relación directa y estrecha con este objetivo fundamental. En este marco, la meta de la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional debe ser el de obtener este delicado equilibrio.

Sin embargo, se deben tener en mente los profundos riesgos de este sistema de delegación. Podría suceder, por ejemplo, que la ley atribuya com-

6 Artículo 436: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)”.

petencias ajenas a su naturaleza, y que por esta vía lo desnaturalice. Podría suceder también que la ley se limite a reproducir el contenido constitucional, o que en virtud de la dinámica y la coyuntura política se reformen continuamente el sistema de competencias. En este sentido, hubiese sido más conveniente que la Constitución Política hiciese una lista taxativa, completa y exhaustiva de las atribuciones de la Corte Constitucional, para evitar este tipo de riesgos que tan caros pueden salir a la democracia y al Estado constitucional de Derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las atribuciones constitucionales no son únicamente las contenidas en los artículos 436, 437 y 438, sino que existen muchas otras dispersas a lo largo del texto constitucional, y que en muchas ocasiones no tienen relación directa e inmediata con la garantía judicial de supremacía constitucional, sino con el ejercicio político del poder. Así por ejemplo, la Corte interviene en los juicios políticos y en la destitución del Presidente y del Vicepresidente (Arts. 129 y 130.1), en la comprobación del abandono del cargo del Presidente (Art.145.5) y en la disolución de la Asamblea Nacional por arrogación de funciones (Art. 148). Más allá de los problemas de técnica legislativa, estas atribuciones de la Corte le hacen perder en cierta medida su naturaleza judicial, y le dan un tinte político que resulta inconveniente. Otras funciones dispersas en la Carta, en cambio, sí tienen nexo directo con el control constitucional, como sucede con los dictámenes sobre los proyectos de estatutos de autonomía regional (Arts. 245 y 246), con su intervención en el control difuso y concreto de constitucionalidad (Art. 428) y con su participación en la calificación de los procedimientos a seguirse para la reforma de la Constitución (Art. 443).

En este marco, la Ley Orgánica de Control Constitucional, respetando el mínimo constitucional, debe organizar y sistematizar las competencias, regular cuidadosamente aquellas que tienen un matiz político, y añadir todas aquellas que no estando previstas en el texto constitucional, resultan necesarias para el control constitucional.

3.2. Atribuciones de la Corte Constitucional

La Constitución Política sigue estos lineamientos:

- (1) Se atribuyen cinco tipos de funciones a la Corte Constitucional:
 - Interpretación constitucional.
 - Control abstracto de constitucionalidad.
 - Control concreto de constitucionalidad.
 - Control de las garantías judiciales de los derechos constitucionales.
 - Funciones políticas.

- (2) En cuanto al control abstracto de constitucionalidad, se siguen las siguientes directrices:
 - Se concede la acción pública de constitucionalidad.
 - Se pasa de un sistema concentrado a uno semi-concentrado de constitucionalidad, en el que la Corte mantiene el control sobre las normas con fuerza de ley y sobre los actos administrativos con carácter general, mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo controla la constitucionalidad de las demás normas del sistema jurídico.
 - Por regla general, el control de constitucionalidad no es automático, por lo que debe ser activado a través de una acción de inconstitucionalidad. De manera excepcional es automático respecto de tratados internacionales que requieren aprobación legislativa por la Asamblea Nacional, declaratorias de estados de excepción que implican suspensión de derechos, convocatorias a consultas populares, decretos-leyes de urgencia económica y los estatutos de autonomía regional (Arts. 148, 245 y 436, 437 y 438).
 - Por regla general el control de constitucionalidad es posterior a la expedición de la norma en cuestión, salvo en el caso de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa y las convocatorias a consultas populares.

- (3) En cuanto al denominado “control concreto de constitucionalidad”, la Corte Constitucional es la llamada a definir, de manera obligatoria y definitiva, la constitucionalidad de las normas cuya juridicidad ha sido puesta en duda por los jueces ordinarios.

(4) En cuanto a las garantías judiciales de los derechos constitucionales, la Corte viene a jugar dos roles fundamentales: en primer lugar, respecto de las acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información, la Corte deja de ser un tribunal de segunda instancia, y en su lugar pasa a seleccionar y revisar las providencias proferidas por la justicia ordinaria. En segundo lugar, respecto de la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento, la Corte las conoce y resuelve directamente.

(5) Por último, se le asignan diversas y variadas funciones de carácter político a la Corte Constitucional, que no tienen relación directa con la garantía de la supremacía de la Carta Política.

A continuación se hará un examen crítico de estas facultades.

3.2.1. Interpretación de la Constitución

Los regímenes constitucionales contemporáneos depositan en las Cortes y Tribunales Constitucionales la misión de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las Cartas Políticas. Pero esto solo es posible en la medida en que el juez constitucional tenga la potestad de determinar el sentido y alcance del texto constitucional, o lo que es lo mismo, en la medida en que tenga amplias potestades interpretativas con un alto nivel de obligatoriedad. Por este motivo, la interpretación constitucional constituye uno de los tópicos más controvertidos en la teoría y la práctica constitucional⁷.

Frente a este problema, a nivel normativo existen diferentes posibilidades: por un lado, la Constitución Política puede consagrar de manera expresa esta facultad interpretativa con efectos vinculantes. Por otro lado, el texto constitucional puede limitar o prohibir expresamente esta función. Y por último, pueden existir modelos intermedios, en los que sin existir disposiciones expresas, se consagran principios o normas generales a partir de las

7 Sobre los nexos entre la Constitución Política y su interpretación judicial puede consultarse: Arturo Hoyos, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Ed. Temis, 1998; Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001.

cuales se pueda inferir la potestad interpretativa y su fuerza vinculante, en cabeza del juez constitucional.

La normativa y la práctica constitucional andina han enfrentado el problema de distintos modos. Dentro del primer modelo se encuentra la Carta Política venezolana, para la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el órgano de cierre de la justicia constitucional, por lo que la interpretación de la Constitución realizada por ésta tiene fuerza vinculante:

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (Art. 335).

Por el contrario, las Constituciones de Bolivia, Colombia y Perú no contienen disposiciones expresas en este sentido, por lo que el camino para consolidar esta facultad y su obligatoriedad, ha sido largo y con resultados poco contundentes; el juez constitucional ha tenido que realizar un fuerte ejercicio argumentativo para poder justificar sus atribuciones en esta materia, a partir de principios y normas generales como la coherencia de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y la supremacía y fuerza normativa de los textos constitucionales.

En este contexto, en el Ecuador ha ocurrido un cambio drástico a nivel normativo: la Constitución de 1998 dispuso que frente a las dudas en el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, el Congreso Nacional tenía la facultad para “*interpretarlas de modo generalmente obligatorio*”, quedando el Tribunal subordinado a esta definición política (Art. 284); de igual modo, dispuso que el pleno de la Corte Suprema de Justicia debe expedir normas dirimentes de carácter obligatorio, cuando existan fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho (Art. 197); en virtud de esta facultad, esta corporación ha expedido normas interpretativas de la Constitución, como sucede con las diversas Resoluciones sobre la Acción

de Amparo, que han definido cuestiones tan importantes como el carácter cautelar de la acción, la legitimación activa, el requisito de la ilegitimidad del acto que da lugar a la vulneración del derecho constitucional, la agencia oficiosa, el amparo contra providencias judiciales, etc⁸.

La Constitución Política introduce un cambio sustancial en este punto, al disponer que la Corte Constitucional es la “*máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisión tendrán fuerza vinculante*” (Art. 436.1). Con esta innovación, la Corte será la encargada de definir el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, facultad que probablemente contribuirá a garantizar la supremacía del texto constitucional.

A pesar de lo anterior subsisten cuatro dudas. En primer lugar, no es claro si se trata de una facultad autónoma que se ejerce de manera independiente del control de constitucionalidad, o si por el contrario es en el marco de esta competencia que ejerce esta función. La redacción del texto constitucional pareciera sugerir esta última alternativa cuando dispone que la atribución se realiza a través de los dictámenes y sentencias; pero también podría entenderse que es posible formular consultas a la Corte para que defina el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales. En cualquier caso, será la Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia constitucional las llamadas a definir y hacer efectiva esta función.

En segundo lugar, llama la atención que se atribuya a la Corte la facultad para interpretar de manera obligatoria los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano. Resulta realmente dudoso que un tribunal nacional pueda dictar a la comunidad internacional su propia interpretación, cuando precisamente se trata de instrumentos que han sido producidos y aprobados por la comunidad internacional en su conjunto, y que tienen sus propios órganos judiciales encargados de esta labor, y otros que monitorean y vigilan su cumplimiento⁹. La Corte

8 La Corte Suprema de Justicia expidió una Resolución sobre la Acción de Amparo, publicada en el Registro Oficial No. 378 de 27 de julio de 2001, que posteriormente fue modificada por la propia Corte Suprema de Justicia en el año 2004.

9 Sobre el problema de la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos puede consultarse: Aurora Ribes Ribes, *La interpretación de los tratados internacionales. Los artículos 31 a*

Constitucional colombiana, por ejemplo, consciente de los compromisos del Estado colombiano frente a la comunidad internacional, ha sido siempre muy cautelosa en esta materia y se ha limitado a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales con anterioridad a la ratificación del respectivo tratado internacional; tan solo de manera excepcional ha expedido sentencias de constitucionalidad condicionada¹⁰. En este contexto, la Ley Orgánica de Control Constitucional debe definir el alcance de esta labor, aclarando el tipo y grado de vinculatoriedad de la interpretación judicial de los tratados internacionales, y permitiendo su compatibilidad con las normas básicas y elementales del derecho internacional público.

En tercer lugar, cabe preguntarse si la facultad de interpretación obligatoria de la Carta es suficiente para garantizar el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, o si por el contrario se le ha debido atribuir también la de realizar la interpretación constitucional de las normas jurídicas infraconstitucionales. Aparentemente, la Constitución Política ofrece una respuesta clara al disponer expresamente que a la Asamblea Nacional le corresponde interpretar las leyes “*con carácter generalmente obligatorio*” (Art. 120.6); sin embargo, esta norma debe ser confrontada con el principio de la supremacía constitucional. En muchos casos el tema “crítico” no ha sido la facultad para interpretar la Constitución, sino la potestad para interpretar constitucionalmente las leyes y las normas infra-legales; las respuestas a este interrogante no han sido unívocas: mientras que algunos sostienen que la justicia constitucional puede hacer una interpretación constitucional de todas las normas jurídicas, otros sostienen que ésta labor corresponde exclusivamente a los órganos de cierre de la justicia ordinaria. La respuesta a este interrogante servirá para determinar si son admisibles las denominadas sentencias de constitucionalidad condicionada, cuyo impacto en las democracias contemporáneas (positivo o negativo), es indiscutible. En la medida en

33 de la Convención de Viena de 1969, Edersa, 2001, cap. 1; Cesar Moyano Molina, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985; German J. Bidart Campos, *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/113/4.pdf>. Acceso: 20 de octubre de 2008.

10 Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-027/93, 468/97, 400/98, 246/99, 1034/03, 622/04 y 239/06. Disponible en www.constitucional.gov.co.

que la interpretación constitucional de las leyes es indispensable para garantizar la propia supremacía de la Carta Política, la Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia deben reconocer, tanto esta facultad interpretativa, como la posibilidad de las sentencias de constitucionalidad condicionada.

Por último, debe tenerse en cuenta que el tránsito hacia una jurisprudencia obligatoria implicará un cambio en la manera de concebir el sistema de fuentes del Derecho, por lo que se requieren de nuevos instrumentos y herramientas teóricas y conceptuales, y nuevas técnicas y procedimientos para entender y manejar la jurisprudencia constitucional y su relación con la Constitución, la ley y las demás providencias judiciales. Se deberá definir, por ejemplo, el grado de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los demás órganos judiciales, qué partes de de los fallos judiciales son vinculantes y cuáles no, las técnicas y requisitos para el cambio de precedente, etc. En este sentido, la adecuación normativa será tan solo el primer paso en este largo y lento proceso de evolución.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Ley Orgánica de Control Constitucional, la jurisprudencia y la doctrina deben establecer los lineamientos de las facultades interpretativas de la Corte Constitucionales: su nivel de obligatoriedad, su alcance respecto de los tratados internacionales, la posibilidad de realizar interpretaciones constitucionales del sistema jurídico infra-constitucional y de expedir sentencias de constitucionalidad condicionada, las reglas básicas sobre el sistema de precedentes, entre otras.

3.2.2. Control abstracto de la constitucionalidad

El sistema de control abstracto de constitucionalidad también contiene novedades significativas que, con seguridad, implicarán cambios sustanciales a nivel legal, institucional y doctrinal. Consideramos que las más importantes son las siguientes.

3.2.2.1 Acción popular

Una de las cuestiones más debatidas en la teoría y la práctica constitucional es la legitimación para interponer acciones de inconstitucionalidad. Algunos

países han optado por establecer una amplia legitimación, permitiendo que cualquier persona cuestione la constitucionalidad de las normas jurídicas, en el entendido que la constitucionalidad del sistema jurídico constituye un asunto de interés público en el que todo ciudadano tiene el derecho y el deber de intervenir, y en el entendido de que el sistema incentiva la creación y consolidación de una verdadera y auténtica cultura constitucional y la promoción de nuevos espacios democráticos. Por otro lado, otros países han optado por restringir esta facultad a ciertos órganos políticos considerados idóneos para ejercer esta función (como el Congreso Nacional y el Presidente de la República), con el objeto de evitar un desgaste injustificado de la justicia constitucional. Por último, existen sistemas intermedios, en los que si bien se permite la participación ciudadana, se establecen claros y amplios límites, como la exigencia de la reunión de cierta cantidad de firmas o la obtención de informes favorables de otros órganos del Estado.

Al igual que en los demás casos, las respuestas a este problema no han sido unívocos en los regímenes andinos. Así, desde la Constitución Política de 1886, y ahora con la Constitución de 1991, Colombia consagra la acción pública de constitucionalidad, en virtud de la cual cualquier ciudadano puede cuestionar judicialmente la constitucionalidad de las normas jurídicas, bien sea ante la Corte Constitucional, o bien sea ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso (Arts. 242.1). Por su parte, Bolivia y Perú adoptan sistemas intermedios, en los que se establecen condicionamientos y restricciones a la participación ciudadana: la Constitución boliviana reconoció una forma “débil” de acción pública, al disponer que todas las personas *“afectadas por una norma jurídica contraria a la Constitución”*, tienen derecho a presentar la respectiva acción, con lo que se condiciona el ejercicio de este derecho a la demostración de daño (Art. 135); por su parte, la Constitución peruana faculta para interponer acción de inconstitucionalidad al Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Congreso, los colegios profesionales, los presidentes de región, los alcaldes provinciales, y condiciona la participación de la ciudadanía a la obtención de 5 000 firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (Art. 203).

En este contexto, el Ecuador ha transitado del sistema intermedio al sistema de la amplia legitimación. En efecto, la Constitución de 1998 contie-

ne serías restricciones al control abstracto de constitucionalidad, pues únicamente permite que sea activado por actores políticos como el Presidente, Congreso Nacional, Corte Suprema de Justicia, consejos provinciales o municipales dentro del ámbito de sus respectivas competencias materiales y territoriales, o por la ciudadanía, pero sometido a profundos condicionamientos: la obtención de 1 000 firmas de respaldo o el informe favorable del Defensor del Pueblo, cuya naturaleza jurídica tampoco se definió con claridad (Art. 277). Este diseño institucional ha resultado inconveniente, pues quienes producen las normas jurídicas en términos generales no tienen interés en cuestionarlas posteriormente. Y aunque sí se permite la activación del control constitucional por parte de la ciudadanía, también es cierto que las restricciones impuestas son tan considerables, que en la práctica han constituido una auténtica barrera para el ejercicio del control constitucional.

Frente a estas insuficiencias normativas, la Constitución Política introduce un cambio muy significativo al consagrar la acción popular: las acciones de inconstitucionalidad son públicas, por lo que las demandas respectivas pueden ser presentadas por cualquier ciudadano, de manera individual o colectiva (Art. 439).

A pesar de las evidentes ventajas de este nuevo sistema, deben tenerse en cuenta tres factores adicionales. En primer lugar, este significativo avance debe ser acompañado de la posibilidad de intervención ciudadana dentro de los procesos de constitucionalidad abstracta. No basta, entonces, con que se permita que cualquier ciudadano demande la inconstitucionalidad de las normas jurídicas. Se requiere también que se otorgue la posibilidad de que cualquiera de ellos se pronuncie sobre su constitucionalidad. Este binomio, sin duda, será determinante, no solo en el control de constitucionalidad, sino en el proceso de apropiación de la Constitución por parte del pueblo ecuatoriano, y en la creación y consolidación de una verdadera y auténtica “cultura constitucional”.

Por otro lado, sin embargo, resultará de vital importancia que, sin perjuicio de la flexibilidad y amplitud que debe acompañar a todas las acciones públicas, se diseñen filtros efectivos para impedir que éste mecanismo sea utilizado de manera indiscriminada e injustificada. En este sentido, la ley, la doctrina y la jurisprudencia comparada han impuesto cargas especia-

les en la presentación de las demandas de inconstitucionalidad, so pena de inadmisión, rechazo o incluso de pronunciamientos inhibitorios. Así, se ha establecido que los accionantes deben, al menos, señalar las disposiciones acusadas, los preceptos superiores infringidos y las razones o motivos de la incompatibilidad, y que tanto los cargos como el denominado “concepto de violación” deben cumplir con las cargas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia¹¹.

Por último, también se deberá definir el alcance de la acción popular. En efecto, la Constitución Política dispone que *“las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”* (Art. 440). Esta disposición puede ser entendida de dos maneras: en primer lugar, en virtud de la literalidad del texto, podría interpretarse que todas las acciones de inconstitucionalidad son públicas, independientemente de que sean interpuestas ante la Corte Constitucional o ante la justicia administrativa, e independientemente de que se interpongan en contra de actos administrativos de carácter particular y concreto. Pero también podría argumentarse que como la disposición constitucional (Art. 439) se encuentra en el capítulo segundo del título IX (Corte Constitucional), la acción pública se refiere única y exclusivamente a las acciones de inconstituali-

11 En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente estas cargas. Al respecto puede consultarse la sentencia C-1052 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual se define cada una de las cargas:

1. La claridad se refiere a la identificación con nitidez del contenido de la incompatibilidad normativa y su respectiva justificación.
2. La certeza se refiere a que los cargos se dirijan con una proposición normativa contenida en la disposición acusada, y no a simples interpretaciones o versiones inferidas por el demandante.
3. La especificidad se refiere a que la demanda debe tener al menos un cargo concreto de naturaleza constitucional, demostrándose que existe una incompatibilidad objetiva y verificable entre la disposición acusada y el texto constitucional. En este sentido, no son admisibles los argumentos indeterminados, indirectos, abstractos y globales.
4. La pertinencia se refiere a que el concepto de violación se encuentra respaldado en argumentos y razones de carácter constitucional, y no simplemente en consideraciones legales o doctrinales, en la interpretación subjetiva de las disposiciones acusadas o en análisis políticos o de conveniencia.
5. La suficiencia se refiere a que el cargo y su justificación deben exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el juicio de constitucionalidad y adicionalmente demostrar la necesidad de abordar el estudio de constitucionalidad de la norma impugnada, demostrar la necesidad de revisar la constitucionalidad de la norma impugnada.

dad que se surten ante la Corte Constitucional y no ante la justicia administrativa, por lo que la acción popular no se predica respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Ni la doctrina, ni la ley ni la jurisprudencia comparada ofrecen una respuesta definitiva, por lo que la Ley Orgánica de Control Constitucional tendrá que abordar esta cuestión.

3.2.2.2. Paso de un sistema concentrado a uno semi-concentrado de constitucionalidad

Otra de las grandes cuestiones del control abstracto de la constitucionalidad se refiere a los órganos encargados de realizarlo. Existen distintos modos de regular esta cuestión. Por un lado y de acuerdo con la original formulación kelseniana, puede existir un control *concentrado* de constitucionalidad, en el que un único órgano es el encargado de realizar esta labor: el Tribunal o la Corte Constitucional; en principio, este modelo es adecuado, en la medida en que existe plena uniformidad en los criterios que sirven de base para realizar el control de constitucionalidad. El modelo contrario es el *difuso*, en el que todos los órganos judiciales se encargan de controlar la constitucionalidad del sistema jurídico; bajo este sistema, todos los jueces, independientemente de su especialidad, son también jueces constitucionales, por lo que uno de sus deberes más importantes consiste en garantizar la compatibilidad de las normas jurídicas que sirven de base a sus decisiones, con los textos constitucionales; aunque puede existir un órgano de cierre en asuntos constitucionales, la responsabilidad recae sobre todos y cada uno de los jueces. Por su parte, existen sistemas *mixtos e intermedios*, en los que subsisten ambos modelos y/o en los que el control se divide en dos o más órganos, como ocurre en los modelos semi-concentrados de constitucionalidad¹².

Los países andinos han resuelto de modos distintos esta cuestión. La mayor parte de ellos han optado por sistemas intermedios, en los que existe un control semi-concentrado de constitucionalidad, cuya responsabilidad recae en el órgano supremo de control constitucional y la jurisdicción de lo

12 Sobre los distintos modelos de control constitucional puede consultarse Ricardo Haro, El control de constitucionalidad comparada y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales, disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/cpc/6.pdf. Acceso: 21 de octubre de 2008.

contencioso administrativo. Así, en Colombia la Corte Constitucional realiza el control sobre todas las normas que tienen rango constitucional y legal (Art. 241), mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales y jueces administrativos) lo efectúa sobre las normas con rango infra-legal (Arts. 237 y 238). Un esquema similar se encuentra en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerce el control sobre todas las normas con rango de ley y sobre los actos de los órganos del Poder Público que constituyan una ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 334), mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo ejercen sobre todos los actos administrativos generales y particulares (Art. 259). Por su parte, en el Perú, el Tribunal Constitucional controla las normas jurídicas con rango legal a través de la acción de inconstitucionalidad, mientras que la justicia administrativa ejerce el control sobre las demás normas del sistema jurídico, a través de la denominada “acción popular” (Art. 200).

Por su parte, Bolivia parece apartarse de este modelo, al otorgar competencia al Tribunal Constitucional Plurinacional para conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de cualquier norma jurídica que vulnere la Carta Política (Arts. 135 y 212). Se trata entonces de un control concentrado de constitucionalidad.

El Ecuador ha pasado de tener un sistema concentrado de constitucionalidad, a uno semi-concentrado. En efecto, la Carta Política de 1998 radicó el control exclusivamente en un órgano judicial: el Tribunal Constitucional (Art. 276.1 y 276.2). Este sistema ha resultado problemático en el Ecuador por dos razones elementales: en primer lugar, ha hecho que el Tribunal Constitucional se convierta en un sustituto de la justicia administrativa, al conocer y resolver sobre la constitucionalidad de todo tipo de actos administrativos del nivel nacional y local, y del nivel centralizado y descentralizado por servicios. Pero, además, tiende a existir un permanente conflicto entre la justicia constitucional y la justicia administrativa, al deslindarse orgánicamente el control normativo entre ambas jurisdicciones cuando se cuestionan los mismos actos administrativos, por razones de ilegalidad y por razones de inconstitucionalidad.

Esta dificultad, al parecer, fue superada por la Constitución Política, al disponer que a la Corte Constitucional le corresponde decidir la constitu-

cionalidad de actos normativos y administrativos de carácter general, y al guardar silencio sobre todas las normas jurídicas con carácter particular y concreto (Art. 436.2 y 436.4)¹³.

Esta nueva regulación puede ser interpretada de tres maneras distintas. En primer lugar, podría entenderse que ya no existe un control abstracto de constitucionalidad de las normas particulares y concretas y que, por consiguiente, solo pueden ser atacadas a través de la acción de protección¹⁴. En favor de esta interpretación se podría argumentar que, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución de 1998, la Constitución Política nada dispone con respecto a su control: mientras la Carta Política de 1998 dispuso expresamente que todos los actos administrativos de cualquier autoridad debían ser impugnados en la vía judicial (Art. 196) y que el Tribunal Constitucional resuelve sobre las demandas de inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos, resoluciones y actos administrativos de toda autoridad pública (Art. 276-1 y 272-2), la Constitución Política no contiene ninguna similar, por lo que proclama un control sobre este tipo de normas

13 Artículo 436: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado (...)

3. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. (...)

14 Ésta es la interpretación que ha hecho Agustín Grijalva Jiménez en su artículo “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, cuando sostiene que “en esta materia la Constitución del 2008 es más precisa que la de 1998. El artículo 276-2 hacía referencia a actos administrativos de toda autoridad pública, mientras que el artículo 436-4 se refiere a actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La inclusión de los efectos generales es pertinente y aclaratorio puesto que si los efectos del acto administrativo son individuales lo que procede no es la acción pública de inconstitucionalidad sino el amparo o el recurso de protección”. Agustín Grijalva, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Tribunal Constitucional, 2008, p. 264.

Pero también podría interpretarse que aunque la Constitución Política nada dispone en relación con el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas con carácter particular y concreto, por vía legal, y especialmente a través de la Ley Orgánica de Control Constitucional, sí puede y debe hacerse, bien sea atribuyendo la función a la Corte Constitucional, o bien sea atribuyéndolo a la justicia administrativa.

Por último, podría entenderse que el efecto jurídico de la omisión de la Constitución Política no es la eliminación del control constitucional sobre estas normas jurídicas, sino simplemente un cambio orgánico: bajo este nuevo modelo, el control abstracto de constitucionalidad pasa a ser semi-concentrado, pues orgánicamente se atribuye a dos jurisdicciones distintas: el control de las normas con fuerza de ley, de los actos normativos y de los actos administrativos de carácter general, será ejercido por la Corte Constitucional. Pero el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, será ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En favor de esta interpretación existen distintos argumentos: primero, en un estado constitucional de derecho deben existir todas las herramientas para cuestionar la constitucionalidad y la legalidad de todas las normas jurídicas, por lo que es un contrasentido eliminar este importante instrumento; segundo, un componente del núcleo esencial del derecho del acceso a la justicia es la posibilidad de controvertir judicialmente los actos de la administración, por lo que la eliminación de este recurso implicaría también una lesión del principio de acceso a la justicia¹⁵; y, por último, si el ordenamiento jurídico prevé la expulsión de los actos administrativos de carácter particular y concreto por razones de ilegalidad, con mayor razón debe prever su expulsión por razones de inconstitucionalidad, dada la superioridad jerárquica de la Constitución. Por estas razones, se considera que la

15 Así lo ha establecido en distintas oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se expresa en el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia y su relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto se puede consultar el documento: *“El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”*, disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>. Acceso: 21 de octubre de 2008.

Constitución Política debe ser interpretada en este sentido. En cualquier caso, el nuevo texto constitucional falló al haber eliminado el principio de la impugnación judicial de los hechos y actos de la administración pública, y al no prever una regla de residualidad de control constitucional en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este nuevo modelo tiene ciertos riesgos, pero también grandes y significativas ventajas. En un país donde se encuentre consolidada una cultura constitucional, y donde por consiguiente los cuestionamientos de constitucionalidad del sistema jurídico son recurrentes y frecuentes, la Corte Constitucional, si es que pretende tener un impacto significativo en el sistema jurídico, debe limitarse a conocer de la inconstitucionalidad de un pequeño segmento de normas jurídicas especialmente importantes dentro del sistema jurídico, determinando los lineamientos básicos del sistema de control constitucional. Por su parte, es la justicia administrativa la llamada a conocer de la inconstitucionalidad de las demás normas del ordenamiento, de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte. Paradójicamente, las Cortes y Tribunales Constitucionales tienden a fortalecerse en la medida en que se pronuncian en pocos casos de gran relevancia y en la medida en que logran garantizar la obligatoriedad de su jurisprudencial, más no cuando sustituyen la justicia administrativa, como ha tendido a suceder en el Ecuador.

En este contexto, se considera que este nuevo modelo es realmente ventajoso. Requiere, sin embargo, de ciertos presupuestos para su correcto y eficiente funcionamiento. En particular, requiere el fortalecimiento de la justicia administrativa, que en el Ecuador ha tenido poco desarrollo, y a la cual se le ha prestado muy poca atención. Se requieren unos nuevos instrumentos legales, nuevas categorías conceptuales, y más aún, un ajuste institucional proporcional a las nuevas funciones de la justicia administrativa (incluso, a través de la creación de nuevos despachos judiciales especializados). Recuérdese, por ejemplo, que a diferencia de lo que ocurre en Colombia, no existe una Alta Corte especializada (estilo Consejo de Estado), y que el número de jueces y tribunales dedicados a esta materia es realmente escaso.

Adicionalmente, se requiere promover y fortalecer una cultura constitucional y, ante todo, diseñar e implementar por vía legal y jurisprudencial un sistema que permita garantizar algún nivel de vinculatoriedad de la juris-

prudencia de la Corte frente a la justicia administrativa. Solo de este modo, el control constitucional en su conjunto responderá a unas mismas directrices y criterios. Se trata, obviamente, de una actividad compleja, conflictiva y traumática, pero de vital importancia.

3.2.2.3. El control sobre las reformas a la Constitución

Quizás una de las cuestiones más debatidas en el constitucionalismo contemporáneo, es el control sobre los actos reformativos de la Constitución Política. Este punto ha sido sumamente problemático porque existen distintos criterios que se contraponen entre sí: por un lado, en principio pareciera un absurdo jurídico el control constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución, cuando precisamente éstas pretenden modificar y alterar la Carta Política. Por otro lado, sin embargo, al existir cierto vínculo entre la supremacía y la rigidez constitucional, resultan necesarios y convenientes los filtros jurídicos de las reformas constitucionales; adicionalmente, debido a la supremacía de las constituciones, debe existir un rígido control formal y procedimental, para que el cambio constitucional sea invulnerable frente a las dinámicas y coyunturas políticas que en un momento dado pueden desnaturalizar y desfigurar las Constituciones Políticas.

En medio de este dilema, las opciones normativas son variadas: Por un lado, es posible prescindir del control, para dar vía libre al dinamismo constitucional. Dentro de este modelo, las Cortes y Tribunales Constitucionales no tendrían competencia para realizar un control de los actos reformativos de la Constitución Política. En el extremo contrario, se podría establecer un rígido control constitucional, encargado de preservar las denominadas “cláusulas intangibles” de las constituciones y de garantizar la regularidad en el proceso de reforma constitucional. Por último, existen modelos intermedios, en los que se conceden facultades limitadas al juez en el control de las reformas constitucionales (por ejemplo, limitándolo a ciertos tipos de reformas y restringiéndolo a un control exclusivamente formal y procedimental)¹⁶.

16 Sobre el problema del control constitucional de las reformas constitucionales, puede consultarse: Andrés Sanín Ordóñez, “El control constitucional de las reformas constitucionales: ¿Una cuestión jurídica o política?”, en *Poder constituyente, conflicto y Constitución en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, CIJUS, 2005; Ricardo Zuluaga, “El control de constitucionalidad de

Los regímenes constitucionales andinos ofrecen una amplia gama de posibilidades. La mayor parte de ellos ha prescindido de este examen. Así, la Constitución peruana no lo prevé, de modo que para las reformas únicamente se requiere la aprobación parlamentaria y la ratificación a través del referéndum, por iniciativa del Presidente, los congresistas o el 0.3 por ciento de la población electoral (Art. 206). Dentro de esta misma orientación se encuentra la Constitución Política venezolana, para la cual ni las enmiendas (Arts. 340 y 341), ni las reformas constitucionales (Arts. 342-346), ni la Asamblea Nacional Constituyente (Art. 347-349), tienen un control de constitucionalidad; únicamente las Constituciones estatales son susceptibles de de este examen (Art. 336.1), pero en ningún caso lo es la Constitución de la República.

Por su parte, Bolivia acoge un sistema débil, al consagrar un control formal de constitucionalidad sobre la reforma parcial de la Carta Política (Art. 212.11), mientras que las reformas totales que se canalizan a través de la Asamblea Constituyente y el referendo, carecen de toda forma de control constitucional (Art.s 408 y 409).

En contraste con las tendencias anteriores, la Constitución colombiana prevé el control de constitucionalidad sobre cualquier acto reformativo de la Constitución, en cabeza de la Corte Constitucional. En efecto, la Carta Política puede ser reformada por el Congreso a través de un Acto Legislativo, por la Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (Art. 374). Cuando se efectúa a través de un Acto Legislativo expedido por el Congreso Nacional, cualquier ciudadano puede demandar su inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación (Art. 241.1). Por su parte, cuando la reforma se canaliza a través del referendo o de la Asamblea Constituyente, existe un control automático de la convocatoria, antes del pronunciamiento popular, por vicios de procedimiento (Art. 242.2), y además, cualquier ciudadano puede demandar posteriormente su inconstitucionalidad (Art. 242.1). Esto significa que cualquier reforma a la Carta Política es susceptible de control constitucional, y en la práctica la Corte ha hecho

los actos reformativos de la Constitución en Colombia”, en Ricardo Sanín Restrepo, *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Ed. Legis – Pontificia Universidad Javeriana, 2006, pp. 293-311; Roberto Rodríguez Gaona, *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Ed. Dykinson, 2006.

un prolífico uso de esta facultad. Por lo demás, aunque en principio este control tiene una naturaleza exclusivamente formal y procedimental, en la práctica ha alcanzado una dimensión material, para garantizar cierta rigidez de sus cláusulas pétreas, y para garantizar que el Congreso se limite a reformar la Constitución, más no a derogarla o sustituirla íntegramente.

Frente a esta problemática, el Ecuador ha seguido la tendencia mayoritaria en el área andina. La Constitución de 1998 no tenía previsto ningún control de constitucionalidad sobre las reformas y cambios constitucionales. Siguiendo con esta misma lógica, la Constitución Política no prevé el control de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución: ni la enmienda canalizada a través de referéndum o a través de la vía parlamentaria (Art. 441), ni la reforma parcial tramitada por la Asamblea Nacional y aprobada en referéndum (Art. 442), ni la Asamblea Constituyente (Art. 444), son susceptibles de control constitucional. La intervención de la Corte Constitucional se limita entonces a definir el camino procesal para adelantar la respectiva reforma (Art. 443), pero esto de ninguna manera puede ser considerado como una modalidad de control abstracto de constitucionalidad¹⁷.

Este diseño en la Constitución Política se considera altamente inconveniente, pues este control resulta fundamental para garantizar la supremacía y la rigidez de las Constituciones y, sobre todo, para impedir que las reformas constitucionales se conviertan en un instrumento de manipulación política de los poderes Ejecutivo y Legislativo. En este contexto, el control formal y procedimental no debe ser considerado como un examen secundario, sino todo lo contrario, como una garantía del principio democrático, imprescindible cuando se intenta modificar la norma suprema del sistema jurídico: la Constitución Política. Por su parte, aunque el control material debe ser cauteloso y restrictivo, resulta fundamental para impedir la desnaturalización de las Cartas Políticas y para asegurar la protección de sus elementos fundamentales.

Teniendo en cuenta que la propia Constitución Política permite la atribución de funciones por vía legal, resulta de vital importancia que la Ley

17 Artículo 443: “La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en el este capítulo corresponde en cada caso”.

Orgánica de Control Constitucional consagre esta modalidad de control, indicando su alcance y procedimiento, de manera análoga a la regulación colombiana.

3.2.2.4. El control sobre los tratados internacionales

El control constitucional de los tratados internacionales resulta igualmente delicado en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos: Por un lado, el principio de *pacta sunt servanda* es imprescindible, pues hace posible las relaciones internacionales y la existencia misma de una comunidad internacional. Por otro lado, sin embargo, la supremacía de las Cartas Políticas dentro de los sistemas jurídicos exige revisar la constitucionalidad de los tratados internacionales. El diseño normativo, por consiguiente, debe permitir la coexistencia de estos dos principios.

En este contexto, se han previsto distintos sistemas. Una primera opción consiste en prescindir del control constitucional, dejando el problema de su constitucionalidad a los órganos Ejecutivo y Legislativo; este sistema no solo es contrario a la supremacía constitucional, sino que, además, tampoco asegura el principio de *pacta sunt servanda*, al permitir la incorporación a los sistemas jurídicos nacionales de normas jurídicas incompatibles con la Constitución, lo que en últimas genera un alto grado de incertidumbre en las relaciones internacionales. Por este motivo, el sistema contrario prevé el control previo y automático de la totalidad de tratados internacionales, con el objeto de impedir la incorporación a los sistemas jurídicos de normas jurídicas contrarias a las Constituciones Políticas y de impedir el eventual incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a los demás Estados y frente a la comunidad internacional en general. Existen sistemas intermedios que prevén formas débiles de control constitucional: se limita a ciertos tratados internacionales, el control no es automático y requiere ser activado por ciertos sujetos procesales, etc.¹⁸.

18 Sobre el control constitucional de los tratados internacionales, puede consultarse: Juan Carlos Dueñas Muñoz, *Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, en el MERCOSUR, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr20.pdf>. Acceso: 21 de octubre de 2008; Itziar Gómez Fernández, "Los tratados

En este contexto, los países andinos han resuelto el problema de manera diversa, aunque la mayor parte ha optado por los sistemas intermedios. Así, la Constitución peruana no prevé expresamente el control constitucional de los tratados internacionales, sino que únicamente existe una referencia genérica a la competencia del Tribunal para resolver las acciones de inconstitucionalidad; la Carta Política únicamente dispone que cuando exista una incompatibilidad entre el tratado internacional y las disposiciones constitucionales, el respectivo tratado debe ser aprobado con la mayoría que se requiera para la reforma constitucional (Art. 57); frente a este silencio, el Código Procesal Constitucional prevé un control posterior y no automático que se activa a través de una demanda de inconstitucionalidad, que solo puede ser presentada dentro de los seis meses siguientes a su publicación. Por su parte, en Venezuela el control constitucional previo no es automático, pues se activa únicamente a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional.

Bolivia y Colombia, en cambio, han previsto un fuerte sistema de control de constitucionalidad: se trata de un control previo y automático de todo tratado internacional. En el caso boliviano, al Tribunal Constitucional Plurinacional le compete ejercer *“el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales”* (Art. 212.11). Por su parte, la Carta Política colombiana prevé el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, con posterioridad a la expedición de la ley aprobatoria del instrumento y previamente a su ratificación (Art. 241.10). Este control tiene tanto una dimensión material, en la que se determina la compatibilidad del instrumento con las normas de rango constitucional, como una dimensión formal y procedimental, encaminada a determinar si la negocia-

internacionales en el ordenamiento ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad”, en Pablo Pérez Tremps (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, pp.151-188; Ricardo Miguel Llopis Carrasco, “Las limitaciones del Tribunal Constitucional en el control de lo constitucionalidad de los tratados internacionales: una mirada a la construcción europea”, en Eduardo Espín Templado (coord.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 97-110; Víctor Bazan, “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, CIEDLA – Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 109-162.

ción, suscripción y aprobación del tratado se ajusta a los principios y reglas previstas en la Carta Política.

El Ecuador se ha mantenido dentro de los denominados sistemas intermedios, que prevén un tímido y limitado control de los tratados internacionales. En efecto, la Constitución de 1998 estableció el control constitucional automático y previo de los convenios y tratados internacionales que requieren aprobación legislativa (Art. 276.5), es decir, de los que se refieren a territorio o límites, los que establezcan alianzas políticas o militares, comprometan al país en acuerdos de integración o atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley, los que se refieran a derechos y deberes fundamentales y colectivos, y los que contengan el compromiso de expedición, modificación o derogación de leyes (Art. 161). Se trataba de un control excepcional, en la medida en que solo operaba en los casos expresamente determinados en la Carta Política.

La Constitución Política reproduce este mismo esquema, pues dispone el control constitucional automático sobre los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa (Art. 438.1)¹⁹. La diferencia radica en que el espectro de tratados que requieren de una incorporación al derecho interno por vía legislativa se ha ampliado, pues además de los que ya se encontraban previstos en la Constitución de 1998 se agregan “*los que comprometen la política económica del Estado establecida en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales*” (Art. 419.5) y los que comprometen el patrimonio natural del país (Art. 419.8).

Esta regulación también contiene un diseño deficiente. La primera insuficiencia que salta a la vista es que el artículo 438 confunde la aprobación legislativa con la ratificación de los tratados internacionales. Según la propia Carta Política (Arts. 147.10, 418 y 419), la incorporación de un tratado internacional al derecho interno se hace a través de la aprobación parlamentaria, mientras que la ratificación se produce posteriormente y es efec-

19 Artículo 438.1: “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional (...)”.

tuada por el Ejecutivo. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 438 dispone que los tratados internacionales son revisados por la Corte *“previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”*.

Esta confusión conceptual produce una serie de problemas jurídicos. Así, surge la duda sobre el momento en que debe efectuarse el control: si debe realizarse después de ser aprobada la ley y antes de la ratificación, o si el dictamen debe ser expedido antes de la fase de aprobación legislativa. La primera alternativa, que es la establecida por la Constitución colombiana (Art. 241.10) y la venezolana (Art. 336.5), tiene la gran ventaja de incluir la revisión de los vicios formales en la fase de aprobación legislativa. La segunda alternativa, que es la seguida en la tradición ecuatoriana, y especialmente por la Constitución de 1998 (Art. 162), evita el trámite parlamentario de leyes que posteriormente pueden ser declaradas inconstitucionales, pero deja por fuera el control procedimental.

Otra deficiencia es que la Constitución Política reproduce el problemático esquema de la Constitución de 1998, en el sentido de que restringe el control a los tratados que requieren de aprobación legislativa, desconociendo que los denominados “tratados simplificados o acuerdos ejecutivos” y los que no se refieran a las materias indicadas en el artículo 419, también pueden vulnerar la Carta Política. Dentro de este esquema existirán múltiples normas jurídicas sin control constitucional, cuando la experiencia del Derecho comparado demuestra que tanto los tratados simplificados o acuerdos ejecutivos como los que no se refieren a las materias del artículo 419, pueden vulnerar la Constitución Política. En este sentido parece más conveniente la regulación contenida en las Constituciones colombiana y venezolana, que invierten la regla ecuatoriana y disponen como principio general el control constitucional automático de los tratados internacionales: en la Constitución colombiana se dispone, de manera general, un control automático y previo a la ratificación de todos los tratados internacionales, salvo los denominados “acuerdos complementarios”, que son tratados simplificados que no generan nuevos compromisos para los Estados parte. Por su parte, la Constitución de Venezuela dispone el control previo y automático de los tratados internacionales (Art. 154), salvo *“aquello mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos*

ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional” (Art. 154).

Por último, se prolonga el problema surgido al amparo de la Constitución de 1998, en el sentido de que no se identifica el sujeto responsable de determinar en qué casos se requiere la aprobación legislativa y el respectivo control constitucional, y en qué casos no. Recuérdese, por ejemplo, el encendido debate que se suscitó a raíz de la suscripción del denominado “tratado de Manta”, cuyo objeto y naturaleza jurídica dio lugar a todo tipo de interpretaciones sobre la necesidad de aprobación legislativa y de control constitucional²⁰. Esto implicará un alto nivel de incertidumbre sobre la existencia de control constitucional en cabeza de la Corte Constitucional.

En estas circunstancias, la Ley Orgánica de Control Constitucional, la jurisprudencia y la doctrina deben definir, entre otras cosas, los tratados que son susceptibles de control previo y automático, el sistema para expulsar del sistema jurídico aquellos otros que no teniendo este control son contrarios a la Carta Política, el sistema para evaluar las irregularidades procedimentales en la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, entre muchas otras. Cada uno de estos tópicos es extremadamente delicado y tiene implicaciones bastante grandes.

3.2.2.5. El control sobre los estados de excepción

Otro de los puntos críticos dentro del sistema de control constitucional, es el relativo a los estados de excepción. Por un lado, esta figura requiere, por su propia naturaleza, de mecanismos ágiles y excepcionales para superar las dificultades que no se pueden enfrentar a través de los mecanismos ordinarios del Estado; el control constitucional, por tanto, de existir, debe tener un nivel de flexibilidad acorde con esta circunstancia. Por otro lado, la figura del estado de excepción tiende a ser utilizada de manera indiscriminada y abusiva, por lo que usualmente se adoptan medidas que no cumplen con

20 Cesar Montaña Galarza, “El papel del Tribunal Constitucional del Ecuador y la interpretación jurídica en la resolución sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto del Tratado de la Base de Manta”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, T. I, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 215-244.

los requisitos de necesidad y proporcionalidad definidos en el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Por este motivo, resulta necesario un control jurídico de los estados de excepción.

En medio de esta dicotomía, existen distintas posturas teóricas y normativas. Por un lado, es posible prescindir de todo control jurídico, en el entendido de que el Ejecutivo debe contar con un amplio margen de discrecionalidad para manejar estas situaciones excepcionales que desbordan el diseño institucional ordinario, y en el entendido de que los controles jurídico-constitucionales desnaturalizan y tornan ineficaz la figura del estado de excepción. El modelo contrario defiende la necesidad de ejercer un estricto control jurídico, tanto a la declaratoria de estado de excepción, como a las medidas que se dicta con fundamento en ella; en este sentido, el juez constitucional debe contar con amplias facultades para verificar que las circunstancias que motivan la declaración realmente ocurrieron, y que tienen tal gravedad, que justifican la adopción del régimen de excepción; igualmente, el juez tiene amplias facultades para determinar si todas y cada una de las medidas se ajustan a las exigencias constitucionales. Como siempre, existen sistemas intermedios que establecen un sistema de control constitucional leve o moderado de los estados de excepción.

En este marco, los países de la región andina han solucionado de modo diverso este asunto. La mayor parte de los países andinos no prevé un régimen especial de control constitucional de los estados de excepción. En el caso de Bolivia, por ejemplo, únicamente se prevé un control de tipo político en cabeza del Congreso (Arts. 141, 142 y 159); este silencio normativo puede ser interpretado, o bien como una exclusión tácita del control constitucional de los estados de excepción, o bien como su encuadramiento dentro de las reglas generales del control constitucional, en virtud de las cuales cualquier ciudadano puede demandar la inconstitucionalidad de todas las medidas relacionadas con el estado de excepción. Algo similar ocurre en el Perú, donde la Constitución prevé únicamente un control político en cabeza del Congreso (Art. 137) mas no un control jurídico-constitucional en cabeza de la Corte Constitucional; el Código Procesal peruano, por su parte, únicamente prevé las acciones de amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento frente a las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción que resultaren contrarias a los derechos constitu-

cionales, pero no prevé el control abstracto de constitucionalidad (Art. 23).

Colombia y Venezuela, por su parte, se apartan de esta tendencia. En el primer caso, además del control político ejercido por el Congreso Nacional, existe un control judicial automático de todos los decretos que declaran el estado de excepción y de los que los desarrollan, en cabeza de la Corte Constitucional (Art. 241.7). Con esta atribución, la Corte verifica que los hechos alegados por el Ejecutivo realmente han ocurrido y que tienen las dimensiones que ameritan la utilización de un régimen de excepción; de igual modo, la Corte comprueba que todas y cada una de las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción son necesarias y proporcionales, que garantizan el núcleo básico de los derechos constitucionales, y que se ajusta a los demás parámetros de orden constitucional y legal. En el caso de Venezuela, la Constitución Política establece un control de los decretos que declaran un estado de excepción, en cabeza de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 336.6); no obstante, este control es mucho más restrictivo, pues se limita a los decretos que declaran el régimen de excepción.

Ecuador, por su parte, ha transitado desde el modelo del exclusivo control político, al sistema de control constitucional mixto (político y jurídico moderado). En efecto, la Constitución de 1998 guarda silencio sobre el control constitucional de los decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción. Este silencio fue interpretado como una exclusión tácita de control, por lo que en la práctica el Tribunal Constitucional se abstuvo de ejercer este examen. Por su parte, la Constitución Política pretendió dar un paso adelante frente a la Constitución de 1998, pues dispuso que la Corte Constitucional debe realizar un control oficioso e inmediato de las declaratorias de estado de excepción, en la medida en que impliquen la suspensión de derechos constitucionales (Art. 436.8)²¹.

A pesar de este significativo cambio, la regulación resulta insuficiente porque contiene cuatro desafortunadas limitaciones. Por un lado, en con-

21 Artículo 436.8: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales (...)”.

traposición al artículo 436, la redacción del artículo 166 de la Constitución Política sugiere que el control no es automático, y que éste puede o no ocurrir. Textualmente el artículo dispone que *“sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional”, con lo cual pareciera indicar que el control es potestativo. Recuérdate que los “pronunciamientos sobre la constitucionalidad”* no son equivalentes a las declaratorias de constitucionalidad, y que, por el contrario, pueden, o bien declarar una inconstitucionalidad, o declarar la norma ajustada a la Carta Política. Por esta razón, el artículo 166 necesariamente sugiere que el control no es automático, y que éste puede existir o no. A pesar de esta sugerencia, una interpretación integral y sistemática del texto constitucional no da lugar a dudas sobre la obligatoriedad de la revisión automática de los decretos que declaran el estado de excepción.

Por otro lado, el artículo 438 condiciona la revisión de la Corte a que se suspendan los derechos constitucionales, por lo que las meras restricciones de derechos no darían lugar al control. Este condicionamiento es altamente nocivo, pues no define el sujeto que califica si las medidas implican una restricción o una suspensión, y excluye el control sobre muchas medidas que pueden atentar materialmente contra la Constitución.

En tercer lugar, coincidiendo con la Constitución venezolana (Art. 336.6), la Constitución Política restringe el control a los decretos que declaran el estado de excepción y no a los que se dictan con fundamento en esta declaratoria. Nótese que en últimas son las medidas adoptadas con base en el estado de excepción, las que son potencialmente más nocivas, mientras que la declaratoria es tan solo un anuncio formal y simbólico que por sí solo no tiene un impacto material. La Constitución colombiana es, en este sentido, más afortunada, pues establece un control automático sobre todos los decretos que expida el Gobierno Nacional con fundamento en los estados de excepción (Art. 241.7).

Por último, la Constitución Política no define el alcance del control, cuando precisamente éste es uno de los asuntos más problemáticas de la teoría y la práctica constitucional. ¿Debe el juez constitucional verificar la existencia de los hechos que dan lugar a la declaratoria? ¿Debe el juez constitucional establecer la gravedad de los hechos y la necesidad de acudir a un régimen de excepción? ¿Debe efectuar un examen de proporcionalidad e

idoneidad? Aunque usualmente las Cartas Políticas no definen la cuestión, la tendencia auto-restrictiva del juez constitucional en el Ecuador en el control de los estados de excepción hace conveniente una precisión constitucional en este sentido.

Frente a todos estos interrogantes, la Ley Orgánica de Control Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia tienen una importante misión: por un lado, debe entenderse que todos los decretos relacionados con los estados de excepción debe ser susceptibles de control, bien sea de manera automática, o bien por vía de acción, con fundamento en el artículo 436.2. Por otro lado, debe darse una dimensión material al control, para que el régimen de excepción se ajuste a los estándares de necesidad, gravedad, proporcionalidad y todos los demás definidos por el derecho internacional y el derecho constitucional.

3.2.2.6. El control sobre los mecanismos de participación popular directa

El control constitucional de los mecanismos de participación popular directa, constituye también un punto crítico dentro de la teoría y la práctica constitucional.

Los modelos que niegan el control se fundamentan en la supremacía de la voluntad popular, que no puede ser limitada, negada o suprimida por la voluntad de unas cuantas personas que actúan y deciden en nombre de un ente abstracto denominado “Constitución Política”. La voluntad popular constituye el fundamento político de todo el sistema jurídico, incluso de la Carta Política, por lo que no tiene sentido imponer barreras a la expresión de la soberanía popular.

El modelo contrario, es decir, aquel que prevé un rígido sistema de control constitucional a los mecanismos de democracia directa, se sustenta también en dos argumentos: en primer lugar, si la voluntad popular constituye el sustento de todo el sistema político y jurídico, deben brindarse todas las garantías para que estos mecanismos reflejen realmente los intereses, propósitos y decisiones de la colectividad; en este marco, el control constitucional no debe ser entendido como una barrera a la expresión de la voluntad popular, sino todo lo contrario, como su más fiel garantía: en contextos donde los poderes político y económico suelen manipular las dinámicas electora-

les, se requiere de un control especial que haga frente a estas maniobras ilegítimas, que es precisamente el control constitucional. Pero además, el constitucionalismo contemporáneo ha reconocido que existen límites materiales a la voluntad de las mayorías: existe un núcleo intangible de principios y derechos que no puede ser removidos por la voluntad de una mayoría aplastante; finalmente, en nombre una mayoría abstracta se podrían desconocer los derechos e intereses de las minorías; en este marco, el control constitucional viene a asegurar el respeto a este núcleo material intangible. Como siempre, existen modelos intermedios que establecen un control débil de constitucionalidad, con el objeto de conciliar ambas posiciones; en este caso pueden limitar los actos normativos objeto de control constitucional, el alcance o el espectro del control, o se puede condicionar el control a la ocurrencia de ciertas hipótesis.

Al igual que en los casos anteriores, la región andina nos ofrece una amplia gama de posibilidades. La mayor parte de constituciones andinas no prevé un sistema de control constitucional especial para estos mecanismos; este silencio normativo puede ser interpretado, o bien como una prohibición tácita de control constitucional, o bien como su sujeción a los parámetros generales del control constitucional; de acogerse esta última interpretación, el control constitucional tendría ciertas cuestionables limitaciones, como el hecho de que el control no sea automático y que requiera de una demanda de inconstitucionalidad. Esto es precisamente lo que acontece con las Constituciones Políticas de Bolivia, Perú y Venezuela.

Colombia se aparta totalmente de esta tendencia, y prevé mecanismos específicos para el control constitucional de los mecanismos de participación popular directa. Así por ejemplo, la Carta Política establece un control previo y automático de las convocatorias a Asamblea Constituyente (Art. 241.2), de las convocatorias a referendo para reformar la Constitución (Art. 241.2), así como sobre los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (Art. 241.3); cuando éstos mecanismos se refieren a proyectos normativos que tienen jerarquía infra-legal, el control constitucional corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Art. 237). Por su parte, los actos normativos provenientes de la iniciativa popular legislativa y de los demás mecanismos de democracia directa, se sujetan a las reglas generales sobre el control constitucional en Colombia.

El Ecuador, por su parte, ha dado un paso interesante. La Constitución de 1998 guardaba silencio sobre el control constitucional de los mecanismos de democracia directa, por lo que en la práctica el Tribunal Constitucional se abstuvo de someter a escrutinio jurídico importantes decisiones políticas y económicas que fueron el resultado de la participación directa de la ciudadanía. De este modo, muchas normas cuyo contenido era cuestionable desde el punto de vista constitucional, o muchas normas que fueron el resultado de graves irregularidades, fueron consideradas intangibles. Precisamente, el proceso que dio lugar a la Constitución Política fue cuestionado en diversas ocasiones por razones de inconstitucionalidad, circunstancia frente a la cual el Tribunal Constitucional se abstuvo de ejercer un control constitucional²².

La Constitución Política, consciente de la necesidad de garantizar la regularidad de los procesos democráticos y de evitar su manipulación política, prevé el control constitucional automático de las consultas populares. El numeral 2 del artículo 438 establece el control sobre “*las convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de gobiernos autónomos descentralizados*”; por su parte, el artículo 104 dispone que la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de las preguntas formuladas en la consulta.

Evidentemente, esta atribución constituye un avance en relación con la Constitución de 1998 y con las propias Constituciones boliviana, peruana y venezolana, que no reconocen este tipo de evaluación. Dada la importancia de estos mecanismos, y sobre todo, dada la necesidad de impedir que se conviertan en instrumentos de manipulación política, resulta indispensable que el control constitucional se extienda a estos mecanismos.

22 Al respecto consúltese la Resolución Nro. 0008-07-TC, en la que se estudia la constitucionalidad de la Resolución Nro. PLETSE-2-1-3-2007 del Tribunal Supremo Electoral, mediante la cual se convocó a consulta popular para que el pueblo ecuatoriano se pronuncie sobre la convocatoria e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente. En esta resolución el Tribunal Constitucional sostiene que en general el poder constituyente carece de límites materiales, y que en este marco, solo se encuentra sometido al derecho internacional, el derecho natural y las limitaciones fácticas. De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional desecha la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Presidente del Congreso Nacional. La providencia está disponible en: http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_23.pdf. Acceso: 22 de octubre de 2008.

Sin embargo, el diseño de control constitucional sobre los mecanismos de participación popular directa tiene varias deficiencias. Por un lado, existe una inconsistencia entre los dos textos constitucionales mencionados anteriormente, pues mientras en un caso tiene un alcance material, en el otro parece tener un carácter formal exclusivamente. La experiencia colombiana ha demostrado que el control formal es insuficiente para garantizar la constitucionalidad de dichos procesos, por lo que debe también adquirir un carácter material. En segundo lugar, no se prevé un control constitucional para verificar la regularidad en el procedimiento como tal, pues se limita a examinar la constitucionalidad de la convocatoria y de las preguntas objeto del control. Por último, la Constitución Política únicamente prevé el control sobre las consultas populares, cuando la propia normativa establece otros mecanismos de participación, como la iniciativa popular normativa y el referendo (Art. 106). Como todos éstos pueden vulnerar la Constitución, carece de sentido restringir el control a las consultas populares. Por este motivo, parece más conveniente el sistema previsto en la Constitución colombiana, en el que la Corte realiza un control previo y automático de las convocatorias a Asamblea Constituyente (Art. 241.2), sobre las convocatorias a referendo para reformar la Constitución (Art. 241.2), así como sobre los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (Art. 241.3); los demás mecanismos de participación popular directa son controlados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (jueces y tribunales administrativos y Consejo de Estado) (Art. 237). Por este motivo, la Ley Orgánica de Control Constitucional debe hacer extensivo el control a todas las formas de participación popular directa que sean susceptibles de control constitucional.

3.2.2.7. Las omisiones normativas inconstitucionales

La figura de las omisiones normativas inconstitucionales constituye un tema relativamente reciente en el derecho constitucional contemporáneo. Las omisiones se presentan cuando una autoridad pública con competencias normativas omite su deber constitucional de desarrollar normativamente alguno de sus preceptos jurídicos que requieren de soluciones jurídicas concretas y específicas. De acuerdo con esto, la omisión se configura cuando por

un lado, existe un “precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación), y por otro, un comportamiento del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional”²³. Según la clasificación tradicional, éstas pueden ser absolutas, cuando el órgano omite su deber constitucional de expedir una determinada normativa, o relativas, cuando la autoridad cumple defectuosamente su deber, omitiendo una o más de las previsiones o exigencias de orden constitucional (como cuando no regula todos los aspectos previstos en el texto constitucional, reduce injustificadamente el ámbito de aplicación de la ley u otorga beneficios de manera discriminatoria).

La doctrina tradicional considera que en un Estado de Derecho en el que existe una separación funcional de responsabilidades entre los diferentes poderes y órganos, no es admisible la subsanación judicial de las omisiones legislativas inconstitucionales. Es al legislador a quien corresponde desarrollar normativamente las normas constitucionales, mientras que el juez constitucional se debe limitar a confrontar los textos legales con la Constitución Política, a determinar las incompatibilidades normativas, y a desechar del sistema jurídico aquellas que resulten contrarias a los textos constitucionales. Siendo el juez constitucional un legislador negativo, carece de competencia para subsanar las omisiones inconstitucionales.

La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, sin embargo, han considerado que en virtud de la fuerza normativa de las Cartas Políticas, y que en virtud de la obligación de los jueces constitucionales de garantizar su supremacía y fuerza jurídica, éstos tienen competencia para subsanarlas a través de diferentes mecanismos y sistemas doctrinales, jurisprudenciales y legales, tal como sucede con la queja constitucional alemana, las sentencias manipulativas de la jurisprudencia constitucional italiana (de recomendación, aditivas y sustitutivas), los exhortos previstos en la Constitución portuguesa, o el “mandato de injuncao” brasileiro²⁴.

23 Marcos Gómez Puente, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1997, p. 27.

24 Sobre el tratamiento normativo, legal y jurisprudencial de las omisiones normativas inconstitucionales, puede consultarse Víctor Bazán, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Ed. Temis, 1997; Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999.

En términos generales, los países andinos han sido bien parcos y conservadores en el tratamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales. Las Constituciones boliviana, colombiana, peruana y venezolana no prevén mecanismos específicos para que el juez constitucional subsane las omisiones normativas inconstitucionales. En este contexto, en términos generales la tendencia de los jueces constitucionales en estos países ha sido la de eludir los problemas jurídicos envueltos en esta figura y, en el mejor de los casos, expedir exhortos al legislador sin ninguna fuerza vinculante. Colombia, a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de la Corte Constitucional, han dado un paso adelante en este sentido, cuando a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada subsanan las omisiones relativas y cuando, de manera excepcional, a través de reglas jurisprudenciales en sentencias de tutela, subsanan las omisiones legislativas absolutas²⁵.

En este marco, el Ecuador ha efectuado una transición normativa muy importante. En efecto, la Constitución de 1998 no se refería explícitamente al control sobre las omisiones normativas inconstitucionales, por lo que en la práctica el Tribunal Constitucional se consideró impedido para subsanarlas. La Constitución Política introduce una importante ruptura, al disponer que cuando cualquier institucional estatal o autoridad pública incumpla por omisión la Constitución, la Corte tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad y expedir la norma o ejecutar el acto omitido (Art. 436.10). Dada la actitud restrictiva que tradicionalmente ha tenido el Tribunal Constitucional, resulta altamente conveniente la inclusión de esta disposición en términos tan amplios.

Sin perjuicio de lo anterior, surgen algunas dudas. En primer lugar, en materia de constitucionalidad abstracta, la potestad de los Tribunales y Cortes Constitucionales se refiere única y exclusivamente a las omisiones normativas inconstitucionales y no a todo tipo de incumplimiento que potencialmente vulnere la Carta Política. Esta confusión conceptual en la Constitución Política impide determinar con precisión el campo de acción

25 Sobre el tratamiento de las omisiones normativas inconstitucionales puede consultarse la conferencia de Gonzalo A. Ramírez Cleves, *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia*, dictada el 26 de octubre de 2006. Disponible en <http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>. Acceso: 22 de octubre de 2008.

de ésta y de las demás garantías constitucionales, como son las acciones de incumplimiento y las acciones ordinarias y extraordinarias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información. Una interpretación literal del texto constitucional podría dar lugar a pensar que el artículo 436.10 de la Constitución Política consagra una nueva acción sustitutiva de las demás garantías judiciales, con la ventaja que se ejerce directamente ante la Corte. En últimas, cualquier incumplimiento de la Constitución podría tramitarse a través de esta figura, por lo que podría existir una superposición artificial de acciones constitucionales. Debe quedar claro que esta figura se refiere exclusivamente a las omisiones normativas.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se han concedido facultades a la Corte que no son consistentes con la figura de omisión normativa inconstitucional, como la de ejecutar directamente los actos omitidos. Las potestades de la Corte en este punto deben restringirse a la subsanación de la omisión normativa, bien sea través de las sentencias de constitucionalidad condicionada, o bien de través de la expedición provisional de normas jurídicas. Las otras potestades corresponden más bien a las acciones de incumplimiento y protección.

En tercer lugar, la Constitución Política omite hacer la tradicional distinción entre omisiones normativas absolutas y relativas, cuya naturaleza y efectos jurídicos son diferentes en cada caso. Para la primera hipótesis se han recomendado los exhortos, y ante el fracaso de los mismos, la expedición provisional de la norma. Pero con respecto a la segunda hipótesis, se ha considerado que el juez constitucional es competente para subsanar directamente la omisión a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada. Sin embargo, la disposición constitucional parece entender que en cualquiera de los casos se debe hacer una declaratoria, y posteriormente expedir la norma o ejecutar el acto omitido, con lo que se le impide subsanar directamente las omisiones legislativas inconstitucionales.

Por último, el texto constitucional no aclara si la competencia de la Corte se extiende a las omisiones normativas de normas jurídicas de carácter particular y concreto. La literalidad de la disposición pareciera dar lugar a una respuesta afirmativa; sin embargo, si se fuese consecuente con el esquema general del control abstracto de constitucionalidad, se tendría que aceptar que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a

resolver las inconstitucionalidades normativas por omisión de normas jurídicas de carácter particular y concreto.

Por este motivo, la Ley Orgánica de Control Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia, tienen la gran responsabilidad de fijar el alcance de la figura, de deslindarla e individualizarla conceptualmente de la acción por incumplimiento y de la acción de protección, y de establecer las medidas que puede adoptar el juez constitucional para subsanar las omisiones normativas inconstitucionales.

3.3. Control concreto de la constitucionalidad

Existe consenso sobre la necesidad de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las Constituciones Políticas, para que pasen de ser un documento meramente político, a un texto jurídico en el sentido pleno de la palabra. Sobre lo que no existe consenso es sobre los mecanismos que deben utilizarse para asegurar esta supremacía y valor normativo.

Frente a este problema se han diseñado distintos mecanismos. En el denominado *control concreto de constitucionalidad*, todos y cada uno de los jueces son considerados jueces constitucionales, y en este sentido cada uno de ellos debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la solución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajuste a los preceptos constitucionales; por este motivo, cuando la aplicación de una norma jurídica al caso particular genera una situación de inconstitucionalidad, el juez debe inaplicarla. En virtud de la obligatoriedad del precedente, estas decisiones de inaplicación pueden adquirir cierto efecto vinculante generalizado, especialmente cuando proviene de una Alta Corte. El prototipo de control difuso, es, obviamente, Estados Unidos.

Por otro lado, se ha propuesto el denominado *control abstracto de constitucionalidad*, en el que uno o más jueces constitucionales se encargan de confrontar las normas jurídicas con el texto constitucional, con el objeto de determinar las posibles incompatibilidades normativas y eliminar del sistema jurídico aquellas disposiciones que resulten contrarias a la Constitución Política. Europa ha tendido a seguir este modelo.

Por su parte, existen modelos mixtos, que combinan ambas modalidades de control constitucional. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las

fronteras entre uno y otro control son cada vez más difusas, por lo que la distinción entre ambos modelos progresivamente ha perdido importancia.

En este marco, la tendencia general en el área andina ha sido la de consagrar un sistema de control abstracto de constitucionalidad, con ciertas formas débiles de control concreto²⁶. En el caso de Bolivia, por ejemplo, se concentra en el Tribunal Constitucional Plurinacional la función de control abstracto, mientras que no se consagra la figura de la inaplicación por inconstitucionalidad. Por su parte, en la Constitución peruana no se prevé expresamente la figura, aunque en el Código Procesal peruano se consagra una forma débil de control concreto: en el curso de los procesos judiciales se puede solicitar la inaplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, caso en el cual la decisión judicial respectiva es revisada en consulta por el juez constitucional, quien decide de manera general y obligatoria (Art. 3).

Colombia y Venezuela adoptan un modelo distinto, pues además del tradicional control abstracto de constitucionalidad, consagran plenos efectos a la figura de la inaplicación por inconstitucionalidad, sin que exista una revisión ulterior por parte de la Corte Constitucional o de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Se trata, entonces, de un auténtico sistema mixto de control constitucional.

El Ecuador, por su parte, se ha mantenido en la tendencia anterior. La Constitución de 1998 disponía la inaplicación directa de las normas jurídicas inconstitucionales por parte del juez, y su posterior revisión por parte del Tribunal Constitucional para que su respectivo pronunciamiento con carácter general y obligatorio (Art. 174). Este modelo fue duramente criticado al ser considerado como fuente de tratos discriminatorios y de inconsistencias y contradicciones entre las providencias judiciales, lesionando los principios de igualdad y seguridad jurídica. En efecto, bien puede ocurrir que un juez inaplique una norma jurídica a un caso particular, pero que posteriormente el Tribunal Constitucional considere ajustada la norma a la Constitución; en esta hipótesis se dejarían de aplicar normas jurídicas a cier-

26 Sobre los sistemas de control constitucional en América Latina puede consultarse Néstor Pedro Sagúez, "Justicia constitucional y control de la ley en América Latina", en Luis López Guerra (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.

tas hipótesis fácticas, mientras que para las mismas hipótesis ocurridas posteriormente, forzosamente se tendrían que aplicar.

Frente a esta situación, la Constitución Política sustituyó este modelo por el de la suspensión del proceso en espera del pronunciamiento de la Corte Constitucional, en aras de la seguridad jurídica y la igualdad frente a la ley. La Constitución Política dispone que cuando el juez considere que una norma jurídica es contraria a las normas constitucionales, debe suspender el respectivo proceso y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que ésta, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resuelva sobre su constitucionalidad (Art. 428)²⁷.

No obstante, este nuevo modelo no solo no resuelve las dificultades del anterior y, por el contrario, sí genera problemas adicionales. Por un lado, la suspensión del proceso puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva; esperar al pronunciamiento de la Corte puede convertirse en un verdadero obstáculo para que las autoridades judiciales resuelvan los problemas sometidos a su conocimiento. Por otro lado, este nuevo diseño elimina totalmente el control difuso de constitucionalidad, cuya necesidad es imperante en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos; si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte

Por último, resulta preocupante que se continúe confundiendo el control *difuso* con el control *concreto* de constitucionalidad, y al control *concentrado* con el control *abstracto*. El carácter difuso o concentrado del control se refiere a los órganos que los efectúan: si es efectuado por todos los órganos judiciales es difuso, mientras que si es realizado por un único órgano de cierre (Corte o Tribunal Constitucional), es concentrado. El que sea concreto o abstracto se refiere, no a los órganos que lo realizan, sino el tipo de exa-

27 Artículo 428: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

men que efectúa el juez constitucional: en el control abstracto el juez constitucional se limita a examinar si el contenido de la norma jurídica es contrario a las disposiciones constitucionales, mientras que en el control concreto se examina si el acto de aplicación al caso particular genera alguna situación de inconstitucionalidad; se trata, entonces, de dos juicios diferentes: una norma puede ser en general ajustada a la Constitución, pero su aplicación a casos particulares puede generar situaciones de inconstitucionalidad; por este motivo, el control difuso, bien puede ser control concreto, o bien puede ser control abstracto; en un caso el juez ordinario detecta que existe una incompatibilidad entre el contenido de una norma jurídica y el de la Constitución, y en el otro únicamente se examina si la aplicación al caso particular se ajusta o no a las disposiciones constitucionales.

Pues bien. La teoría y la práctica constitucional en América Latina han tendido a confundir el control concreto con el difuso, suponiendo que los jueces ordinarios se deben limitar a confrontar el contenido de la Constitución Política con el contenido de la norma jurídica en cuestión, es decir, a realizar un control abstracto de constitucionalidad.

Esta visión restrictiva del control constitucional se refuerza cuando la propia Constitución, y en este caso la Constitución Política, dispone que frente a una incompatibilidad normativa el proceso judicial debe ser suspendido, en espera de una resolución general y obligatoria por parte de la Corte Constitucional. Es decir, pareciese que la propia Constitución Política desecha la posibilidad de ejercer un control concreto de constitucionalidad. Por este motivo, debe interpretarse que la suspensión del proceso y la remisión a la Corte Constitucional solo debe efectuarse cuando el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la disposición jurídica, y no cuando tiene certeza sobre la inconstitucionalidad de su aplicación a cada caso particular.

Frente al peligro que representa la diversidad de criterios entre los distintos jueces, debe tenerse en cuenta lo siguiente. Primero, la diversidad de criterios no es un problema exclusivo del control de constitucionalidad, sino que se presenta en todo el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Segundo, debe tenerse en cuenta la obligatoriedad horizontal y vertical del precedente judicial, y en especial el de las Altas Cortes y de la Corte/Tribunal Constitucional; en este contexto, los jueces están vinculados

por las directrices jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional. Por último, existendispositivos especiales que permiten la unificación de jurisprudencia, como acontece con los recursos ordinarios y extraordinarios en contra de las providencias judiciales, con la revisión eventual de las sentencias constitucionales, y ahora, con la acción extraordinaria de protección. De este modo, este modelo de control concreto no es incompatible con la existencia de un órgano de cierre del sistema.

3.4. Garantías judiciales de los derechos constitucionales

Las funciones de la Corte Constitucional en relación con las garantías judiciales de los derechos constitucionales sufrieron modificaciones de gran relevancia, casi todas ellas positivas. De esta normativa, debe destacarse lo siguiente:

3.4.1. Revisión eventual de sentencias constitucionales de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública

Muy discutido ha sido el rol que deben cumplir los Tribunales y Cortes Constitucionales en la definición de las garantías judiciales de los derechos constitucionales. Se ha propuesto, por ejemplo, que éstos deben resolver directamente las acciones de amparo/tutela/protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información, como quiera que se encuentran comprometidos los derechos constitucionales y la propia supremacía de la Carta Política. Ahora bien, frente a la imposibilidad de las Cortes y Tribunales de resolver todas las acciones constitucionales, en un contexto en el que su amenaza y vulneración es generalizada, se han propuesto distintos modelos alternativos: primero, se ha propuesto que éstos sean tribunales de segunda instancia, de modo que por vía de apelación o por vía de consulta, la Corte o Tribunal se pronuncie de manera definitiva sobre la sentencia del juez de primera instancia. En el otro caso, las acciones constitucionales se resuelven por los jueces de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción constitucional, si es que existe una jurisdicción especializada, y la Corte o Tribunal se limita a seleccionar y estudiar algunas de ellas, de manera excepcional. En cualquiera de estos casos existen todo tipo de variantes para el conocimien-

to de las acciones constitucionales por parte del supremo órgano constitucional: el recurso con causales de admisión, el recurso con causales de inadmisión, el recurso con selección discrecional, y la selección discrecional²⁸.

Los países de la Comunidad Andina abren una amplia gama de posibilidades. La Constitución boliviana, por ejemplo, dispone que el Tribunal Constitucional Plurinacional es juez de segunda instancia, por lo que las decisiones de amparo deben ser enviadas en revisión oficiosa ante dicho órgano (Arts. 132 y 212).

Las Constituciones colombiana, peruana y venezolana, en cambio, se apartan del modelo anterior. En Colombia, la primera y la segunda instancia se ventilan en la justicia ordinaria, y la totalidad de sentencias de tutela se envían a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión (Art. 86), siendo la selección totalmente discrecional. En el caso del Perú, de igual modo, la primera y la segunda instancia se tramitan en la justicia ordinaria, y el Tribunal Constitucional conoce de las sentencias denegatorias a través del recurso de agravio constitucional y del recurso de queja. Algo similar ocurre en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia revisa las sentencias de amparo dictadas por la justicia ordinaria, a través de recursos específicos (Art. 336.10). Así, aunque Colombia, Perú y Venezuela coinciden en que las acciones se ventilan en la justicia ordinaria, difieren en que en Colombia la selección de casos es discrecional, mientras que en Perú y Venezuela se utiliza el sistema del recurso con causales de inadmisión.

En este marco, el Ecuador ha transitado desde el modelo de la segunda instancia, al modelo de la revisión eventual. En efecto, la Constitución de 1998 dispone que el Tribunal Constitucional conoce de las resoluciones que “*deniegan el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y los casos de apelación previstos en la acción de amparo*” (Art. 276.3). Se trataba entonces de un tribunal de segunda instancia que conoce de las acciones constitucionales a través del sistema de recursos con causales de inadmisión. Como el Tribunal Constitucional conocía automáticamente de todas las resoluciones denega-

28 Sobre los sistemas de conocimiento de las acciones de amparo por los Tribunales y Cortes Constitucionales, y sobre las falencias y bondades del sistema adoptado en Colombia, se encuentra el libro de Nelcy López Cuellar, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

das en primera instancia, y de todas las que fuese apeladas, su labor se convirtió en una actividad rutinaria, poco creativa y con bajos niveles de eficiencia, dedicada a conocer y resolver gran cantidad de casos semejantes, pero que no necesariamente promueven la creación jurisprudencial y la defensa de los derechos constitucionales.

Tal vez por este motivo la Constitución Política prevé un modelo distinto, en la medida en que ahora la Corte Constitucional pasa de ser un tribunal de segunda instancia, a un órgano que realiza una revisión eventual de las sentencias constitucionales (Arts. 86. 5 y 436.6). Esta regla general tiene como excepción las acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento, en las que la Corte conoce en única instancia (Arts. 93, 94, 436.5 y 437).

La Constitución Política, sin embargo, no alcanzó a definir el sistema para la selección de sentencias, por lo que será la Ley Orgánica de Control Constitucional la que defina la cuestión. El modelo de la revisión discrecional previsto en Colombia tiene la ventaja de permitir la selección de casos paradigmáticos y de gran relevancia para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y la protección de los derechos humanos; la Corte se pronunciará sobre unos pocos casos, pero podrá tener un mayor impacto en la justicia constitucional, controlando que las decisiones de la justicia ordinaria se ajusten a sus directrices jurisprudenciales. Sin embargo, la práctica ha demostrado que se trata de un sistema oscuro, que no se sujeta a criterios claros y definidos y que también es altamente engorroso y complejo²⁹. Los modelos peruano y venezolano omiten este problema, aunque potencialmente pueden congestionar la justicia constitucional.

Por otro lado, la duda que genera la confusa redacción de los artículos 86.5 y 241.9 se refiere a los efectos de la revisión de la Corte Constitucional. En ambos artículos se dispone que el objeto de su intervención es la generación de la jurisprudencia vinculante; esta disposición podría ser interpretada en el sentido de que la parte dispositiva de las sentencias ejecutoriadas en primera y segunda instancia, al hacer tránsito a cosa

29 Sobre las dificultades y peligros del sistema de selección de sentencias de tutela en Colombia se puede consultar Nelcy López Cuellar, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

juzgada, no pueden ser alteradas o modificadas por la Corte, y que, por consiguiente, lo único que ésta hace es generar líneas jurisprudenciales para casos futuros. Esta interpretación tendría el nefasto resultado de impedir la revisión de sentencias que pueden ser contrarias, no solo a las líneas jurisprudenciales de la Corte, sino a la propia Constitución y a los derechos constitucionales. La Corte sería una simple espectadora de la violación de los derechos y de la Constitución. Por este motivo, la legislación y la jurisprudencia deben acoger la interpretación contraria, para que la Corte se pueda pronunciar sobre los casos particulares, tal como sucede en el caso colombiano (Art. 86 y 241.9).

En cualquiera de los dos casos es de esperar que normativa, doctrinaria, jurisprudencial e institucionalmente se diseñen criterios, procedimientos y mecanismos especiales, que otorguen a la Corte Constitucional cierto margen de flexibilidad, pero que al mismo tiempo garanticen la transparencia y racionalidad en el proceso de selección de sentencias, e impidan que se ésta se convierta en una fuente de corrupción y de manipulación económica y política.

3.4.2. Acción (recurso) extraordinaria de protección

El amparo contra sentencias ha sido quizás la cuestión más problemática del derecho constitucional contemporáneo, por lo que hoy en día no existe claridad sobre su conveniencia y pertinencia, ni sobre los métodos y procedimientos para hacerla efectiva. En este contexto, mientras en algunos países se ha permitido la figura, tal como ocurre en España, Alemania e Italia, en otros la propia Constitución elimina esta posibilidad.

Nuevamente, las soluciones normativas a este problema han sido diversas en los países andinos, pero pueden identificarse tres tendencias: el silencio constitucional, la consagración expresa y la prohibición expresa. En la mayor parte de países andinos la Constitución guarda silencio sobre la figura, por lo que se ha requerido una definición legal y jurisprudencial. Dentro de esta tendencia se encuentran Bolivia, Colombia y Venezuela, cuyas Constituciones no prevén una solución explícita al problema. En el caso colombiano, por ejemplo, la Constitución Política de 1991 no contiene una disposición expresa que autorice la revisión de las decisiones judiciales por

vía de tutela. Aun más, cuando por vía reglamentaria se quiso reconocer esta atribución (Art. 11 del Decreto 2591/91), la propia Corte Constitucional declaró su inconstitucionalidad (sentencia C-543/92). Posteriormente, sin embargo, la jurisprudencia se valió de la amplitud del texto constitucional respecto del amparo, para revisar por vía de tutela las decisiones judiciales, incluso de las Altas Cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura). Estas acciones no son resueltas directamente por la Corte Constitucional, sino que son objeto de revisión eventual, después de haber sido resueltas por los jueces de primera y segunda instancia (decreto 1382 de 2000). En contraste con esto, la Constitución peruana prohíbe expresamente el amparo contra decisiones judiciales (Art. 200).

El Ecuador ha dado un gran salto, pasando de la prohibición expresa del amparo contra providencias judiciales, a la consagración expresa de la figura de la acción (recurso) extraordinario de protección. La Constitución de 1998 dispuso que *“no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”* (Art. 95), por lo que el Tribunal Constitucional se abstuvo de conocer de este tipo de acciones. La Constitución Política, en cambio, expresamente permite la figura (Art. 94 y 437), conociendo en única instancia de las acciones extraordinarias de protección frente a las decisiones judiciales que vulneran derechos constitucionales. La naturaleza de la figura no es clara, pues mientras en ciertos textos constitucionales los califica de “acción”, en otros los denomina “recurso”³⁰.

30 Así, mientras en el primer párrafo de los artículos 94 y 437 habla de la *acción* extraordinaria de protección, en el segundo párrafo de dichos artículos se refiere a estos como recurso. Artículo 94: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Artículo 437: “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.

La procedencia de las acciones constitucionales frente a las decisiones judiciales constituye verdadero avance en esta materia. En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, se encuentran vinculados a la Constitución y a los derechos humanos, y que su desconocimiento puede ser conocido y resuelto por la máxima instancia de control constitucional, la Corte Constitucional. Por este motivo, las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo (las leyes), son examinadas a través del control abstracto y concreto de constitucionalidad; la constitucionalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo, por su parte, es garantizada a través de estos mecanismos y a través de las acciones constitucionales. No tiene sentido dejar por fuera del control constitucional las decisiones del Poder Judicial. Por este motivo, aunque históricamente la revisión de las decisiones judiciales ha sido problemática y traumática, constituye una tendencia consolidada en el Derecho comparado.

La regulación de la figura debe ser sumamente cautelosa, para garantizar, a un mismo tiempo, la seguridad jurídica y la supremacía constitucional, para evitar el abuso en el uso de la acción, y para evitar el colapso de la Corte Constitucional, que conocerá directamente y en única instancia de estas acciones.

3.4.3. La acción por incumplimiento

La Constitución Política atribuye a la Corte Constitucional la función de resolver las acciones por incumplimiento (Art. 93 y 436.5)³¹. Esta garantía cons-

31 Artículo 93: “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

Artículo 436.5: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que les confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)”

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias (...).”

tituye una novedad en la historia constitucional ecuatoriana. La Constitución de 1998, por ejemplo, limita las garantías judiciales a las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data. La incorporación de este nuevo mecanismo resulta realmente necesario, pues en muchas ocasiones existen omisiones en el cumplimiento de las normas jurídicas que no pueden ser traducidas en términos de violación de derechos constitucionales, y que, por consiguiente, no pueden ser resueltas a través de las acciones tradicionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, ni a través de las acciones del derecho ordinario. Por este motivo, la consagración de esta acción constituye un auténtico progreso. Esta garantía coincide con la contemplada en las Constituciones boliviana (Art. 137), con la colombiana (Art. 87) y peruana (Art. 200), que prevén, aunque con diferentes matices, la acción de cumplimiento.

La regulación de la acción, sin embargo, contiene algunos puntos problemáticos. En primer lugar, resulta cuestionable que la acción sea conocida y resuelta directamente por la Corte Constitucional. Las razones por las que se justifica esta atribución en la acción extraordinaria de protección, no se presentan en la acción por incumplimiento. En aquella, la providencia judicial cuestionada ha sido el resultado de un proceso judicial que ha contado con todas las garantías del debido proceso, y en particular de la doble instancia, por lo que es de esperar que el cuestionamiento de las decisiones judiciales sea excepcional y exigente.

En la acción de incumplimiento, por el contrario, se judicializan las simples omisiones de la administración pública, sin que exista un procedimiento administrativo o judicial previo. Este tipo de conflictos es más afín con la justicia administrativa que con la justicia constitucional. Por lo demás, dado el colosal incumplimiento de normas jurídicas e inexecución de providencias judiciales, es de esperar que la Corte Constitucional tenga un irrazonable recargo de trabajo; a modo de ejemplo, piénsese que tan solo en el año 1997, en Colombia se presentaron 2 810 acciones de cumplimiento, cuando la Corte Constitucional colombiana profirió en este mismo año tan solo 680 sentencias, incluyendo las de tutela (tipo T- o SU-) y las de constitucionalidad abstracta (tipo C-). Hubiese sido más conveniente que la acción se sujetara al mismo régimen procedimental de las demás garantías judiciales de los derechos constitucionales, en las que la Corte efectúa una revisión eventual.

En este sentido parece más conveniente el régimen de competencias previsto en la legislación colombiana y boliviana. En esta la justicia ordinaria debe resolver la acción en primera instancia, y su decisión es revisada posteriormente por el Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 137). Por su parte, en Colombia las acciones son conocidas y resueltas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (jueces y tribunales administrativos y Consejo de Estado), de modo que las sentencias, en ningún caso, son revisadas por la Corte Constitucional (Art. 3 de la Ley 393 de 1997).

En segundo lugar, dado el amplio alcance que se le ha dado a la acción en la Constitución Política, que incluye el incumplimiento de todas las normas que integran el sistema jurídico (Constitución, tratados internacionales, leyes, decretos-leyes, decretos, actos administrativos, etc.), desnaturaliza y le hace perder su identidad, confundándose entonces con el control constitucional de las omisiones legislativas, con la acción de protección y con los eventuales incidentes de desacato previstos para el incumplimiento de providencias judiciales. La Constitución boliviana limita la acción de amparo a la inejecución de la Constitución y la ley (Art. 137.1), y la de Colombia a leyes y actos administrativos.

Por este motivo, normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente se deben definir claramente los contornos de la acción.

3.4.4. La “acción ciudadana”

Sin antecedentes en la Constitución de 1998, la Constitución Política consagra la denominada “acción ciudadana”, cuando se produce una amenaza o violación de derechos (art. 99)³². La amplitud de la disposición, que permite la protección de cualquier derecho (constitucional, legal o infra-legal) y que no establece las restricciones materiales y procesales de las demás garantías judiciales de los derechos constitucionales, puede ser interpretada de distintas maneras.

32 Artículo 99: “La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y en la ley”.

En primer lugar, a partir de la literalidad del texto y de la exigencia constitucional de interpretar la Constitución en el sentido en que más favorezca la plena vigencia de los derechos (Art. 427), podría entenderse que se trata de una duplicación de la acción de protección, pero con un alcance mucho mayor.

Sin embargo, en virtud de la ubicación del artículo 99 en el capítulo primero del título IV sobre “Participación y organización del Poder – Participación en democracia”, podría entenderse que la acción se refiere, exclusivamente, a los derechos de participación política y que, por consiguiente, la acción específica para este tipo de derechos es la “acción ciudadana” y no la acción de protección.

Para resolver este dilema debe tenerse en cuenta los diversos criterios de interpretación. En primer lugar, la mera duplicación de la figura de la acción de amparo no implica ampliar el espectro de protección de los derechos constitucionales, por lo que no puede aducirse el artículo 427 de la Constitución Política sobre los principios de interpretación para defender esta posición. Por otro lado, en virtud del principio hermenéutico del efecto útil, debe acogerse la interpretación que produzca efectos jurídicos, debe entenderse que se trata de una acción específica para los derechos políticos y no de una mera duplicación.

En este contexto, la Ley Orgánica de Control Constitucional debe definir el papel de la Corte Constitucional frente a esta acción ciudadana. Es aconsejable que se siga el mismo esquema de las demás garantías judiciales, de modo que sea la justicia ordinaria la que resuelva en primera y segunda instancia, y que la Corte Constitucional realice la selección y revisión para el desarrollo de la jurisprudencia.

3.5. Otras funciones de la Corte Constitucional

Tal como se expuso anteriormente, el listado de atribuciones de los artículos 436 y 438 de la Constitución Política no es taxativo. Existen disposiciones a lo largo del texto que le conceden nuevas funciones a la Corte Constitucional. Algunas de ellas hacen parte del control constitucional, como ocurre con la revisión de los estatutos de autonomía regional (Art.s 245 y 246) o con la de los decretos-ley de emergencia económica expedidos por el Presidente de la República cuando se ha disuelto la Asamblea

Nacional (Art. 148), y con la presentación de proyectos ley en materias afines a su naturaleza (Art.134.4). Sin embargo, existen otras competencias que no tienen ningún nexo con el control constitucional y que tienen más bien un carácter político. Entre otras, se encuentran las siguientes:

(1) Emitir un dictamen de admisibilidad para el inicio del juicio político al Presidente o Vicepresidente por delitos contra la seguridad del Estado, concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia (Art. 129).

(2) Dictaminar previamente sobre la destitución del Presidente de la República por arrogación de funciones (Art. 130.1).

(3) Comprobar el abandono del cargo del Presidente de la República, previa declaración de la Asamblea Nacional (Art. 145.5).

(4) Dictaminar sobre la arrogación de funciones por parte de la Asamblea Nacional, previa su disolución por el Presidente de la República (Art. 148).

(5) Dirimir los conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución (Art. 436.7).

En los cuatro primeros casos se trata de competencias de índole política, que pretenden, o bien mediar en los conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo, o bien avalar juicios en contra de alguno de éstos, sin que, en ningún caso, se ejerza el control de constitucionalidad. Esta inconveniencia tiene un agravante adicional si se tiene en cuenta que la Constitución Política no define la naturaleza de los juicios que debe efectuar la Corte Constitucional: si se trata de un juicio estrictamente jurídico que tiene por objeto la verificación de un hecho empírico (como la arrogación de funciones o el abandono del cargo por el Presidente de la República) y la atribución de la respectiva responsabilidad, ha debido radicarse la competencia en la Sala Penal o en el pleno de la Corte Suprema de Justicia; si lo que se pretendía era establecer un filtro político, la competencia ha debido radicarse

en un órgano de esta naturaleza. Probablemente el ejercicio de estas atribuciones le harán perder legitimidad e independencia a la Corte Constitucional.

La atribución de dirimencia de conflictos de competencias también se considera inconveniente, a pesar de que también se encontraba plasmada en la Constitución de 1998. Por un lado, por no ser inherente al control constitucional, debería estar atribuida al juez administrativo y no a la Corte Constitucional. Por otro lado, la redacción de la disposición de la Constitución Política tiene un alcance excesivamente amplio, por lo que la Corte deberá resolver todo tipo de conflictos de competencias, sean de orden constitucional o de orden legal o infra-legal; téngase en cuenta que el texto “establecidas en la Constitución” se refiere a los órganos del Estado y no a las competencias. No obstante, con base en el artículo 269 de la Constitución Política la Ley Orgánica de Control Constitucional podría aclarar que esta competencia de la Corte es residual, y que opera únicamente cuando se interpone una acción en contra de la decisión del órgano técnico del sistema nacional de competencias.

IV. Conclusiones

De acuerdo con las consideraciones anteriores, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

(1) La comprensión de la práctica constitucional en el Ecuador no debe ser entendida exclusivamente en términos normativos, sino que debe tener en cuenta todos los elementos y factores que inciden en el funcionamiento del Derecho. Desde esta perspectiva, las falencias en el control constitucional en el país no deben ser atribuidas únicamente a la regulación que sobre la materia establece la Constitución Política. Por esta misma razón, el cambio constitucional no constituye una condición suficiente para implementar una justicia constitucional acorde con los estándares del Estado constitucional de Derecho; en este sentido, ni la Constitución Política ni ninguna otra Constitución Política por sí solas pueden generar una justicia constitucional adecuada.

(2) El cambio nominal de “Tribunal Constitucional” previsto en la Constitución de 1998, al de “Corte Constitucional” previsto en la Constitución Política, responde a la intención del Constituyente de dar un verdadero giro al sistema de control constitucional en el Ecuador. No se trata, entonces, de un mero cambio simbólico y formal, sino de una transformación significativa en la justicia constitucional. En buena medida, la Constitución Política constituye un buen intento por superar las deficiencias y falencia del control constitucional realizado por el Tribunal Constitucional.

(3) La parte orgánica de la regulación de la Corte Constitucional fue la que sufrió modificaciones más drásticas: el sistema de designación, el período de los magistrados, las prohibiciones de reelección inmediata y de juicio político, y la exigencia de adopción de decisiones en salas.

De estas alteraciones, algunas han sido claramente positivas, como la ampliación del período de los magistrados de cuatro a nueve años y la prohibición de juicio político y de reelección inmediata, encaminadas todas ellas a garantizar la independencia de la Corte Constitucional.

La conveniencia de otras, por el contrario, no es clara. El sistema de designación de los magistrados, por ejemplo, si bien tenía el doble propósito de adoptar un procedimiento abierto, transparente y meritocrático, y de eliminar la composición gremial y partidista del Tribunal Constitucional, en últimas, el concurso adquiere un papel secundario y simbólico frente a la intervención discrecional de los poderes Ejecutivo, Legislativo y de Transparencia y Control Social. De igual modo, si bien la exigencia de adopción de decisiones por el Pleno está encaminada a garantizar la coherencia en la jurisprudencia constitucional, en realidad no existe un nexo causal entre ambos fenómenos.

(4) La parte funcional de la Corte Constitucional sufrió transformaciones muy significativas, aunque también hay claras continuidades con respecto a la Constitución de 1998.

Los cambios más drásticos, casi todos positivos, estuvieron encaminados a ampliar el espectro y a fortalecer el control constitucional: se definió que la Corte Constitucional es el intérprete de la Carta Política, y no ya el

Parlamento; se concedió la acción popular en el control abstracto de constitucionalidad; se pasó de un sistema concentrado a uno semi-concentrado de constitucionalidad; se dispuso el control sobre normas que anteriormente no lo tenían, como sucede con las declaratorias de estados de excepción, los mecanismos de participación popular directa, las omisiones normativas inconstitucionales; se amplió el espectro de las garantías judiciales de los derechos constitucionales al consagrarse la acción de cumplimiento y la acción extraordinaria de protección; se fortaleció el papel de la Corte en la protección de los derechos constitucionales, al dejar de ser un Tribunal de segunda instancia y permitirse la revisión eventual de las providencias judiciales.

No obstante, la conveniencia de la regulación de algunos temas en particular no es clara. Así por ejemplo, no se estableció un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, se reprodujo el problemático esquema del control sobre los tratados internacionales diseñado en la Constitución de 1998, se diseñó de manera restrictiva el control sobre los estados de excepción y sobre los mecanismos de participación popular directa; no se delinó adecuadamente la figura de la omisión normativa inconstitucional y se confundió con las acciones de incumplimiento y de protección, se omitió permitir expresamente la modulación de sentencias y obligar al control integral, se eliminó el control difuso de constitucionalidad y se atribuyeron a la Corte Constitucional funciones de carácter político, ajenas a su naturaleza.

(5) Sin perjuicio de lo anterior, es el desarrollo legal, reglamentario, y sobre todo jurisprudencial, doctrinal y cultural, el que finalmente determinará el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales. Hay quienes sostienen que el “quid” de la justicia constitucional está en los “hábitos mentales”. La Constitución Política será, en este sentido, una nueva oportunidad, o por así decirlo, un pretexto para renovar el marco teórico y conceptual, las prácticas y las dinámicas de la justicia constitucional. Solo el tiempo nos dirá si el cambio constitucional implicará un tránsito hacia una nueva justicia constitucional y hacia un Estado constitucional del Derecho, y si el cambio nominal de “Tribunal Constitucional” a “Corte Constitucional”, implicará también una transformación sustancial en la realidad ecuatoriana.

Anexo
Comparación de la justicia en la Subregión Andina

Órgano Constitucional Supremo	Nombre	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
		Tribunal Constitucional Plurinacional	Corte Constitucional	Tribunal Constitucional	Corte Constitucional	Tribunal Constitucional	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
	Pertenece al Poder Judicial	Sí	No	No	No	No	Sí
	Requisitos magistrados	<p>Por la jurisdicción ordinaria</p> <ol style="list-style-type: none"> Requisitos generales de acceso al servicio público. Tener al menos 30 años. Tener título de abogado en provisión estatal. Experiencia profesional o en la docen- 	<ol style="list-style-type: none"> Tener nacionalidad colombiana por nacimiento y ciudadanía en ejercicio. Ser abogado. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, salvo por delitos 	<ol style="list-style-type: none"> Tener nacionalidad ecuatoriana por nacimiento. Hallarse en el goce de los derechos políticos. Ser mayor de 45 años. Experiencia profesional de al menos 15 años. Demás requi- 	<ol style="list-style-type: none"> Tener la ciudadanía ecuatoriana. Encontrarse en ejercicio de los derechos políticos. Tener título de tercer nivel en Derecho. Experiencia profesional de al menos 10 años. No pertene- 	<ol style="list-style-type: none"> Ser peruano por nacimiento. Ser ciudadano en ejercicio. Ser mayor de 45 años. Tener experiencia como magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante 10 años, o como 	<ol style="list-style-type: none"> Nacionalidad venezolana por nacimiento. Ser ciudadano de reconocida honorabilidad Ser jurista competente y buena reputación. Experiencia profesional o en docencia durante al menos 15

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

	Designación magistrados	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
	<p>* Candidatos propuestos por la sociedad civil y organizaciones campesinas originarias.</p> <p>* Asamblea Legislativa Plurinacional realiza preselección.</p> <p>* Elección directa mediante sufragio universal organizado por el Consejo Electoral Plurinacional.</p>	<p>Designación por el Senado de la República de temas enviadas por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Presidente de la República. 2. Consejo de Estado. 3. Corte Suprema de Justicia. 	<p>Designación por el Congreso Nacional de ternas enviadas por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Presidente de la República (2). 2. Corte Suprema de Justicia (2). 3. Congreso Nacional (2). 4. Alcaldes y prefectos provinciales (1). 5. Centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas (1). 6. Cámaras de la producción (1). 	<p>* Conformación de una Comisión Calificadora, integrada por dos personas nombradas cada una por la Función Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social.</p> <p>* Presentación de candidatos por la Comisión Calificadora.</p> <p>* Realización de concurso entre candidatos, efectuado por la Comisión Calificadora, con veedurías, participación ciudadana y posibilidad de impugnación.</p>	<p>Designación directa por el Congreso Nacional</p>	<p>* Postulación abierta ante el Comité de Postulaciones Judiciales.</p> <p>* Opinión de la comunidad.</p> <p>* Preselección por el Comité de Postulaciones Judiciales.</p> <p>* Pre-selección por el Poder Ciudadano.</p> <p>* Selección definitiva por la Asamblea Nacional</p>	

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

		Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
	Período magistrados	6 años	-	4 años	9 años	5 años	12 años
	Reelección	No inmediata	No	Sí	No inmediata	No inmediata	No
	Salas	-	-	-	Pleno y salas	-	-
	Fuentes de las atribuciones	Constitución Política y ley.	Constitución Política.	Constitución y la ley	Constitución y la ley	Constitución	Constitución y ley
Control abstracto de constitucionalidad	Acción pública	Acción pública débil (se debe demostrar perjuicio)	Acción pública abierta (cualquier ciudadano)	Acción pública restringida. Puede interponer acción: <ol style="list-style-type: none"> 1. Presidente de la República. 2. Congreso Nacional. 3. Corte Suprema de Justicia. 4. Consejos provinciales o los concejos municipales. 5. 1000 ciudadanos. 	Acción pública abierta (cualquier ciudadano).	Acción Pública restringida. Pueden interponer acción: <ol style="list-style-type: none"> 1. Presidente de la República. 2. El Fiscal de la Nación. 3. Defensor del Pueblo. 4. 25% del número legal de congresistas. 5. 5000 ciudadanos. 	Acción pública abierta (cualquier ciudadano).

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
			6. Cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo		6. 1% de ciudadanos si la norma es una ordenanza municipal. 7. Presidentes de regiones. 8. Alcaldes provinciales. 9. Colegios profesionales, en materias de su especialidad.	
Control concentrado o semiconcentrado	Concentrado.	Semi-concentrado.	Concentrado.	Control semiconcentrado.	Control semiconcentrado.	Control semiconcentrado.
Control de reformas constitucionales	Sí	Sí	No	No	-	No
Control de tratados internacionales	Sí	Sí	Sí	Sí	-	Sí

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
Control de estados de excepción	No	Sí	No	Sí	-	Sí
Control de mecanismos de participación popular directa	No	Sí	No	Sí	-	No
Control de omisiones inconstitucionales	-	-	-	Sí	-	Sí
Sentencias interpretativas y sentencias con efectos retroactivos o diferidos	-	-	No	-	No	-
Control concreto de constitucionalidad	No	Sí. Reconocimiento pleno del control concreto, sin suspensión del proceso y sin revisión ulterior de la Corte	Sí. Reconocimiento débil. El juez que inaplica norma envía un informe al Tribunal Constitucional para que resuelva	Reconocimiento débil. El juez que encuentre una norma incompatible con la Constitución, debe suspender	Sí. Reconocimiento pleno del control concreto, sin suspensión del proceso y sin revisión ulterior del Tribunal	Sí. Reconocimiento pleno del control concreto, sin suspensión del proceso y sin revisión ulterior del Tribunal

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
		Constitucional	Ecuador (1998) va de manera general.	el proceso y solicitar respuesta de la Corte Constitucional dentro de los 45 días siguientes.	Constitucional.	Constitucional.
Garantías judiciales de los derechos constitucionales	Segunda instancia	Revisión eventual	Segunda instancia	Revisión eventual	Segunda instancia	Segunda instancia
	No	No explícita.	No	Sí	No	No
	Sí	Sí	No	Sí	No	No
Otras funciones	Sí	No	Sí	Sí	No	No
	No	No	No	Sí	No	No
	Dictamen de constitucionalidad para juicio político al					

Comparación de la justicia en la Subregión Andina (continuación)

	Bolivia	Colombia	Ecuador (1998)	Ecuador (2008)	Perú	Venezuela
Presidente o Vicepresidente.						
Dictamen previo sobre destitución del Presidente	No	No	No	Sí	No	No
Comprobación de abandono del cargo del Presidente	No	No	No	Sí	No	No
Dictamen sobre arrogación de funciones de la Asamblea Nacional	No	No	No	Sí	No	No
Otras	No	Decidir sobre las excusas que las personas planteen para rendir declaraciones en cualquier Comisión del Congreso.	No	No	No	No

Este Libro se terminó de
imprimir en noviembre de 2008
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador