

ANÁLISIS

Nueva
constitución



Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales

laTendencia
—revista de análisis político—

2008 Primera edición ILDIS
Impreso en el Ecuador

Coordinación: ILDIS - Revista La Tendencia

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

Edición: Raúl Borja

Diseño: Verónica Ávila
Activa Diseño Editorial

Diseño portada: Antonio Mena

Impresión: Gráficas Araujo

Tiraje: 1000 ejemplares

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

ISBN:
Quito-Ecuador

8 PRESENTACIÓN
Michael Langer

12 INTRODUCCIÓN
Francisco Muñoz Jaramillo

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

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

46 PROCESO CONSTITUYENTE Y TRÁNSITO
HEGEMÓNICO
Franklin Ramírez Gallegos

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

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

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

102 LA PLURINACIONALIDAD EN
LA NUEVA CONSTITUCIÓN
Floresmilo Simbaña

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

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

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

152 LO SOCIAL EN LA NUEVA
CONSTITUCIÓN
Carlos Castro Riera

el **régimen político**

168 EL RÉGIMEN POLÍTICO EN EL PROYECTO
DE CONSTITUCIÓN
Luis Verdesoto

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

descentralización y **autonomía**

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

226 DESCENTRALIZACIÓN, AUTONOMÍA Y
REGIONALIZACIÓN
Rafael Guerrero

soberanía, defensa e **integración**

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

264 LAS RELACIONES INTERNACIONALES
EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN
Grace Jaramillo



IGUALDAD Y DIVERSIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS

Silvia Vega Ugalde

Socióloga. Docente de la Universidad Central del Ecuador; Escuela de Sociología y Ciencias Políticas. Investigadora en ciencias sociales y consultora en temas de desarrollo y políticas públicas.

EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN, 170 ARTÍCULOS SE REFIEREN A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS, CONTANDO ENTRE ESTOS A LOS 84 QUE CONSTAN EN LOS TÍTULOS II Y III, EN LOS QUE SE LOS ABORDA COMO “DERECHOS” Y “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”, LOS 75 QUE HACEN PARTE DEL TÍTULO VII REFERIDO AL RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR, EN EL QUE SE DETALLA Y CONCRETA LA FORMA DE OPERAR DEL “SISTEMA NACIONAL DE INCLUSIÓN Y EQUIDAD SOCIAL”, Y 11 QUE NORMAN EL DERECHO A LA SOBERANÍA ALIMENTARIA Y AL TRABAJO, QUE CONSTAN EN EL TÍTULO VI, DEL RÉGIMEN DE DESARROLLO.¹

Esta forma disgregada o desagregada de organizar la exposición de los derechos, las garantías y la modalidad de su aplicación, no es la más feliz, pues aparte de ser repetitiva, resta precisión en diversos textos que tratan sobre lo mismo, pudiendo dificultar su interpretación ulterior, lo que generalmente se evita cuando se hacen formulaciones más escuetas. La frondosidad del texto, si bien podría expresar la voluntad de “no dejar cabos sueltos”, también evidencia una no siempre clara distinción entre lo que correspondería a un texto constitucional, a normas secundarias, e incluso al campo de las políticas públicas.

Una característica que salta a la vista en la lectura de la Constitución propuesta y particularmente en los capítulos sobre derechos, es su conceptualización desde las nociones de igualdad y diferencia, que lejos de ser opuestas,

¹ Significa que los derechos, sus garantías y las normas para su implementación, ocupan el 38% del articulado constitucional. Grosso modo, la Constitución vigente tiene un 29% de artículos referidos al tema. Otros textos constitucionales referidos a la parte orgánica o que norman las funciones del Estado, también incluyen referencias a los derechos, especialmente políticos y su forma de ejercerlos, por lo que esta referencia cuantitativa, es aproximada.

resultan estructuralmente complementarias. Podríamos decir que el reconocimiento de las diferencias reales que existen entre las personas y los grupos de ecuatorianos/as, vuelve más tangible y realista el reconocimiento de la igualdad de todos/as, pues se parte del hecho de que la igualdad no es automática ni abstracta, sino que debe ser asegurada, tanto a través de medidas de acción afirmativa que se las menciona en varios casos en el proyecto, como a través de una orientación expresa de garantizar que no haya discriminación a causa de las diferencias de cualquier tipo.²

El proyecto de Constitución elaborado en Montecristi comienza por reconocer la titularidad de los derechos a las/os individuos y a los colectivos, y la posibilidad de ejercerlos, promoverlos y exigirlos en forma individual y colectiva. La noción de ciudadanía liberal –basada en el individuo– portador de deberes y derechos es complementada con el reconocimiento de las identidades colectivas que pueden y deben ejercer una ciudadanía colectiva. Así, ciudadanía e identidad no se oponen, se complementan; por la igualdad reconocida se goza del estatuto de ciudadanía única para todos/as los/as ecuatorianos/as, y por las diferencias reconocidas se defienden y promueven las identidades. Así, el estatuto de ciudadanía garantiza de manera real el despliegue y desarrollo de la identidad individual y las identidades colectivas.

Las diferencias que están presentes, más bien como dimensiones transversales, son las de carácter étnico. En el texto propuesto hay una constante referencia a los pueblos, nacionalidades y comunidades, a tono con la definición del carácter plurinacional y pluricultural del Estado ecuatoriano; las diferencias de género, comenzando por un lenguaje visibilizador de la presencia de mujeres y hombres ecuatorianas/os. En menor medida están presentes otras diferencias, como las de carácter generacional, las de diversidad sexual, las de discapacidad. El capítulo tercero del Título de Derechos, se refiere con bastante detalle –en momentos excesivo– a los que denomina “Grupos de atención prioritaria” (concebidos como “grupos vulnerables” en la Constitución vigente), entre los que se contempla a los/as adultos/as mayores, los/as jóvenes, los/as migrantes, las mujeres embarazadas, las niñas, niños y adolescentes,

² Las razones de discriminación que merecen la atención constitucional para evitarlas son: la etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, *identidad de género, identidad cultural, estado civil*, idioma, religión, ideología, filiación política, *pasado judicial*, condición socio-económica, *condición migratoria*, orientación sexual, estado de salud, *portar VIH*, discapacidad, *diferencia física* o cualquier otra (Art. 11, núm. 2). (Las que constan en cursiva, son nuevas respecto de la Constitución vigente).

los/as discapacitados, las personas con enfermedades catastróficas, las personas privadas de libertad y las personas usuarias y consumidoras.

En los distintos derechos garantizados por la propuesta constitucional de Montecristi se evidencia el tratamiento desde las nociones de igualdad y de diferencias. Veamos ese tratamiento en los casos de la educación, salud, seguridad social y trabajo.

EDUCACIÓN

La igualdad como fundamento de este derecho básico se expresa en el carácter de universalidad con el que se lo formula, garantizando, por un lado, la obligatoriedad hasta el bachillerato (a diferencia del nivel básico estipulado en la actual Constitución), y la gratuidad hasta el tercer nivel (a diferencia del bachillerato o su equivalente, reconocido en la Constitución vigente). Para ampliar su cobertura y mejorar su calidad, se establece en la transitoria decimotercera, incrementos anuales de recursos de al menos el 0.5% del PIB hasta alcanzar un mínimo del 6% del PIB.

Las diferencias fundadas en religión o condición socioeconómica se reconocen al establecer distintas entidades prestadoras del servicio público de educación: públicas (laicas), fisco misionales y particulares. El Estado es responsable de financiar la educación pública y la educación especial³ (para las personas discapacitadas); podrá apoyar financieramente a la educación fisco misional, en tanto cumpla el principio de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades.⁴ La Constitución vigente permite el apoyo financiero estatal también a la educación particular gratuita “debidamente calificada en los términos y condiciones que señale la ley”. No haberla incluido en la propuesta constitucional de Montecristi, seguramente obedece al principio de laicidad de la educación sustentada con fondos públicos.

³ En la Constitución actual no es mandatorio para el Estado el financiamiento de la educación especial. Se dice que “La educación fisco misional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, debidamente calificadas en los términos y condiciones que señale la ley, recibirán la ayuda del Estado.” (Art. 71)

⁴ Art. 348: El Estado financiará la educación especial y podrá apoyar financieramente a la educación fisco misional, artesanal y comunitaria, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro.

La noción de igualdad está presente también en la gratuidad de la educación superior, regulada en este caso “a través de un sistema de nivelación y admisión” y vinculada a la responsabilidad académica de los/as estudiantes. En un sentido similar al de la educación básica y de segundo nivel, en una transitoria se establece que las universidades particulares que actualmente reciben rentas del Estado, podrán seguir recibéndolos solamente previa evaluación, y destinarán esos recursos públicos a la concesión de becas para los/as estudiantes de menores ingresos.

Las condiciones de diferencia relativas a la etnia, cultura y género, son también consideradas en algunos postulados referidos a la educación. Se garantiza el sistema de educación intercultural bilingüe, en el que se utilizará como lengua principal de educación la lengua de la nacionalidad respectiva. Se propone como deber del Estado “asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de al menos una lengua ancestral” (Art. 347, núm. 9-10)

Un par de aspectos tocan contenidos de interés referidos a las relaciones de género: además de la coeducación, se propone que el Estado “asegure que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde un enfoque de derechos” y que se “erradique todas las formas de violencia en el sistema educativo, velando por la integridad física, psicológica y sexual de las/os estudiantes”.

SALUD

En lo relacionado con el derecho a la salud, se afirma la gratuidad y universalidad de acceso a los servicios públicos, para todas las personas, reconociendo la igualdad como base de este derecho. En la Constitución vigente, solo los programas y acciones de salud pública son gratuitos, y los servicios lo son “para las personas que los necesiten”.

La vigésimo segunda transitoria de la propuesta constitucional establece el incremento anual del 0,5% del PIB para el financiamiento del sistema nacional de salud, hasta alcanzar al menos el 4% del PIB.

Dentro del sistema nacional de salud se crearía la red pública integral de salud conformada por los establecimientos estatales, de la seguridad social y de otros proveedores del Estado.⁵

Con los mismos criterios que para educación, el Estado podrá apoyar financieramente a entidades autónomas y privadas de salud, si garantizan la gratuidad de las prestaciones, y bajo control y regulaciones estatales.

Entre los principios que rigen el derecho a la salud, aparte de los contemplados por la actual Constitución (equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia), en el proyecto de Montecristi se plantean la eficacia, la precaución, la bioética, la suficiencia y la interculturalidad, estableciendo que la salud tendrá un enfoque de género y generacional. Estos tres últimos aspectos hacen referencia precisamente a las condiciones de diferencia que se han de tener en cuenta para el ejercicio de este derecho.

Manteniendo el reconocimiento, respeto y promoción de las medicinas ancestrales y alternativas, como lo reconoce la actual Constitución,⁶ se señala el principio de complementariedad de estas medicinas respecto de la medicina científica occidental. Se plantea un mayor énfasis a la salud familiar y comunitaria; y se declara como responsabilidad del Estado el “asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y posparto” (Art. 363, núm. 6).

SEGURIDAD SOCIAL

En el proyecto de Constitución, la seguridad social adquiere un carácter obligatoriamente universal, incluyendo en su cobertura a personas con o sin dependencia laboral, a diferencia de la Constitución vigente que señala que “la protección del seguro general obligatorio se extenderá progresivamente

⁵ No se especifica a qué proveedores del Estado se refiere. Podrían ser los de nivel provincial y municipal.

⁶ La Constitución vigente sostiene en su Art. 44: El Estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico - tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.

a toda la población urbana y rural... conforme lo permitan las condiciones generales del sistema”. (Art. 57)

El proyecto de Constitución prohíbe su privatización y remarca su carácter público que incluye a las entidades públicas, siendo el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el responsable de las prestaciones del seguro universal obligatorio. El exceptuar a las FFAA y la Policía para sostener un régimen especial de seguridad social, luce contradictorio con el carácter universal afirmado por la Constitución y abre potencialmente las puertas para que otros grupos corporativos puedan sostener su derecho a regímenes especiales de seguridad social, con lo cual el principio de solidaridad y universalidad podría menoscabarse.⁷

Diferencias de lugar de nacimiento, género, edad y condición socioeconómica no son óbice para el goce de este derecho, en tanto se hace alusión expresa a diferentes grupos ahora excluidos de la seguridad social, que deben gozar de este derecho. Se garantiza el seguro social campesino que ampara a la población rural y a los/as pescadores artesanales, bajo un esquema de aportación diferenciada. El Estado asumirá el financiamiento de las prestaciones de las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado.⁸ Los trabajadores/as autónomos, autoempleados, que realicen cualquier forma de trabajo o estén desempleados, accederán a la seguridad social igual que los/as adultos mayores, cuyo régimen de jubilación será de aplicación progresiva (Transitoria vigesimoquinta)

TRABAJO

Se garantiza el derecho al trabajo con “pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado” (Art. 33).⁹

⁷ Art. 370: La policía nacional y las fuerzas armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.

⁸ En la sección sobre Trabajo, se señala que “la protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley” (Art. 333). Esta formulación es menos categórica que la que consta en el Art. 369 de la sección correspondiente a seguridad social.

⁹ En la definición del derecho, aparecen juntos el trabajo y la seguridad social en la sección octava del Título II.

Junto con las estipulaciones generales y comunes del ejercicio del derecho y del deber social del trabajo, hay varios textos que aluden a situaciones específicas basadas en diferencias que podrían provocar discriminación en las relaciones laborales, por lo cual se las menciona expresamente:

- **LA CONDICIÓN FÍSICA Y/O DISCAPACIDAD.** Se plantea que las personas rehabilitadas después de accidentes de trabajo o enfermedad, tendrán derecho a ser reintegradas al trabajo y mantener la relación laboral. Se garantizaría la inserción en igualdad de condiciones de las personas discapacitadas al trabajo remunerado, prohibiéndose la disminución de la remuneración por causas relativas a su condición.

- **LA EDAD.** Se reconoce el derecho de los/as jóvenes a ser sujetos activos en la producción, impulsándose condiciones y oportunidades con este fin; la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento, aparecen entre las medidas que fomentará el Estado.¹⁰ Del mismo modo, el Estado deberá garantizar a los/as adultos/as mayores el trabajo remunerado en función de sus capacidades y limitaciones.¹¹

- **LA ETNIA Y CULTURA.** El Estado adoptará medidas para eliminar discriminaciones en este ámbito, garantizando el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

- **EL GÉNERO.** En este ámbito es quizás donde más innovaciones se hallan en la sección de trabajo. Se especifica el reconocimiento del trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que ya consta lacónicamente en la Constitución vigente, reconociéndose la seguridad social progresiva a las personas responsables del trabajo no remunerado, y planteando que el Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios adecuados para compatibilizar el trabajo productivo y el doméstico, impulsando además la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en este

Luego se trata con detenimiento “las formas de trabajo y su retribución” en la sección tercera del capítulo sexto (Trabajo y Producción) del Régimen del Buen Vivir (Título VII)

¹⁰ Referencias que aparecen en dos partes, en la sección de jóvenes (Art. 39) y en la de trabajo (Art. 329)

¹¹ Esta referencia aparece en la sección correspondiente a adultas y adultos mayores (Art. 37)

último.¹² En el ámbito de las relaciones laborales se promoverá la igualdad de acceso de las mujeres al trabajo remunerado, adoptando todas las medidas para eliminar las desigualdades; se prohíbe toda forma de acoso o violencia hacia las mujeres en el trabajo; se garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, eliminando riesgos que afecten la salud reproductiva, asegurando el acceso y la estabilidad en el trabajo sin limitaciones por embarazo o número de hijos; garantizando el derecho de lactancia e introduciendo el derecho a la licencia por paternidad, para los hombres.

- **LA CONDICIÓN MIGRATORIA.** Se plantea que el estado velará por el respeto de los derechos laborales de las/os trabajadoras/es ecuatorianas/os en el exterior, promoviendo convenios y acuerdos con otros países para su regularización.

- **LA CONDICIÓN SOCIO-ECONÓMICA.** Se reconoce y protege el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos permitidos por la ley, prohibiendo toda confiscación de sus instrumentos de trabajo.

Contrasta con todas estas consideraciones, la ausencia total de referencia a la contratación colectiva, cuya defensa aparece claramente estipulada en la Constitución de 1998, además de constituir un derecho reconocido en los convenios internacionales de los que el Estado ecuatoriano es signatario.¹³

LOS DERECHOS DE COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES

A los derechos colectivos consagrados en la actual Constitución para los pueblos indígenas y afroecuatorianos, en la propuesta constitucional de Montecristi se añade a los pueblos montubios y las comunas. Y se amplían de 15 a 21 los derechos colectivos.

¹² Llama la atención la supresión de la consideración del trabajo doméstico para compensar equitativamente al cónyuge que se encuentre en desventaja económica, en “situaciones especiales”, como establece la Constitución vigente (Art. 36), lo que ha sido usado especialmente en litigios civiles, como juicios de divorcio.

¹³ Art. 35, núm. 12 de la Constitución de 1998: Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral.

La definición del carácter plurinacional del Estado es el reconocimiento más categórico de la condición de diferencia de los pueblos indígenas en el marco del Estado unitario. La formulación dada al artículo sobre el idioma, fruto de una reconsideración de última hora, modifica poco la formulación actual. Se plantea que “El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley” (Art. 2)¹⁴

Entre las principales innovaciones se pueden citar la garantía para crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que tiene su correlato en el reconocimiento de la Justicia Indígena y que está concebida como el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Es importante el señalamiento de la garantía de participación y decisión de las mujeres en la Justicia Indígena, para evitar que sus derechos sean conculcados o vulnerados en el marco de decisiones comunitarias, a menudo regidas por autoridades masculinas.

Otros derechos colectivos que no constaban en la Constitución anterior se refieren a la participación mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley; la consulta previa la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos; la limitación de actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley; la prohibición de actividades extractivas en los territorios de los pueblos en aislamiento, y la garantía de respetar su autodeterminación de permanecer en aislamiento.

Podría también señalarse como un nuevo derecho atinente a la diversidad étnica y cultural, el reconocimiento de la nacionalidad ecuatoriana a “personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidas por el Ecuador, con presencia en las zonas de frontera”.¹⁵ (Art. 7, núm. 3)

¹⁴ La Constitución vigente señala: “El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley” (Art. 1).

¹⁵ Se entendería que se refiere a zonas de frontera en territorio de los países limítrofes con el Ecuador. La redacción anterior a la que consta en el texto final sobre la nacionalidad ecuatoriana por nacimiento, decía: “Las personas nacidas en territorio extranjero limítrofe con el Ecuador, que pertenezcan a un pueblo o nacionalidad reconocida por el estado ecuatoriano”.

En el ámbito de la institución de la Familia se conjugan los principios de igualdad y diversidad, pues se reconoce iguales derechos a cónyuges y parejas, iguales derechos entre hijos e hijas sin considerar antecedentes de filiación, iguales deberes y derechos de padres y madres hacia sus hijos/as. Hace falta especificar iguales deberes y derechos de los hijos/as hacia sus padres y madres, particularmente hacia los/as que tienen condición de adultos/as mayores.

Se reconocen “diversos tipos de familia” merecedores de la protección del Estado; su conformación por vínculos jurídicos o de hecho; y la equiparación de derechos y obligaciones para familias de hecho, constituidas por personas de distinto o del mismo sexo, lo que posibilita eliminar una condición de discriminación por diversidad sexual, presente en el ejercicio de derechos civiles, patrimoniales y de otro tipo.

Un aspecto que llama la atención es que los derechos civiles, que generalmente se los ha entendido como los primeros y básicos, de primera generación, entre los que constan la vida, la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la libre expresión, la libertad de cultos, etc. aparecen recién en el capítulo sexto del Título de Derechos (a partir del Art. 67) y bajo la denominación de “Derechos de Libertad”. A varios de los derechos que constan aquí se los trata en otras secciones, pero tienen la particularidad de referirse o ser formulados aquí como derechos individuales y es seguramente ese carácter, lo que determina su ubicación secundaria frente a otros derechos, cuya formulación privilegia los derechos al entorno de vida¹⁶ y los ámbitos colectivos. La razón para que la vida conste como un “derecho de libertad” es una pregunta que resta aún por responderse.

Los derechos políticos, concebidos como derechos de participación, conservan lo fundamental de la Constitución de 1998, aunque se los amplía al incorporar el derecho al voto facultativo de los/as jóvenes menores de 18 años y de los integrantes de las FFAA y Policía Nacional; se concede el derecho al voto para las personas extranjeras residentes en Ecuador por al menos 5 años y se constitucionaliza la promoción de la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos públicos, los partidos políticos y los procesos electorales, en los que se establece la participación alternada y secuencial.¹⁷

¹⁶ Agua, alimentación y ambiente sano, son los primeros derechos que aparecen en el Título II sobre Derechos.

¹⁷ La redacción del Art. 102 de la Constitución vigente no establece la paridad sino la equidad, pero manda que el

LOS DERECHOS Y EL ESTADO

No cabe duda que la propuesta de nueva Constitución tiene como base a los derechos, al punto que el primer artículo define al Ecuador como un “Estado de derechos y justicia”, apartándose de la definición anterior del “Estado social de derecho”. La distinción no es casual ni superficial; podría interpretarse en la perspectiva de que los derechos consagrados en la Constitución prevalecerían sobre todo, incluso sobre “el derecho”, es decir sobre las normas constitucionales y las normas legales, cuando estas, por alguna razón limiten la vigencia de un derecho. La pregunta que cabe es, sin embargo, si esta formulación, aparentemente novedosa y plausible, en tanto afirma la centralidad de los derechos para la convivencia democrática, no deja abierta la puerta para cierta discrecionalidad en la interpretación de estos derechos, y si fuese así, lejos de servir a las personas para reclamarlos, hace reposar en el poder del Estado la interpretación de “la Justicia”, sin tener un referente claro “del Derecho”. Quizás habría sido deseable una formulación que explicitara ambos aspectos: “Un Estado social de derecho basado en los derechos y justicia”, por ejemplo, o un “Estado de derechos y justicia en el marco del Estado social de derecho”, pues resulta necesario en la definición del carácter del Estado la exigencia de que la autoridad y los poderes estatales se fundamenten en el Derecho para evitar los excesos y en general cualquier forma de autoritarismo.

Los derechos consagrados en la propuesta constitucional se articulan al denominado “sistema nacional de inclusión y equidad social”, concebido como “el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo...” (Art. 340)¹⁸

Estado garantice y no solo promueva tal equidad.

¹⁸ El sistema nacional de inclusión y equidad social se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte.

En tal virtud, el rol del Estado adquiere relevancia central en la garantía de los derechos, no solo por que el sistema de justicia aseguraría la exigibilidad de los derechos, sino a través de las políticas, acciones y servicios que están bajo responsabilidad de la Función Ejecutiva.

Al tratar varios de los derechos a los que nos hemos referido en este artículo, se percibe que la concepción de su aplicabilidad responde a una visión re-centralizadora de la acción del Estado. La Constitución de 1998 expresa –por ejemplo– que el sistema nacional de salud funcionará de manera descentralizada, desconcentrada y participativa, y estará conformado con las entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias, nociones que desaparecen en la propuesta constitucional del 2008. Del mismo modo, la Constitución de 1998 determina que la gestión educativa incorporará estrategias de descentralización y desconcentración administrativas, financieras y pedagógicas, y que los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos participarán en el desarrollo de los procesos educativos, lo que tampoco se encuentra en la nueva propuesta constitucional. Se puede decir que estos postulados obedecían en 1998 a un interés del Estado central de resignar responsabilidades, en el marco del modelo de “achicamiento” neoliberal del Estado, pero no puede desconocerse el desarrollo positivo que han adquirido muchas experiencias desconcentradas y participativas en los ámbitos de salud y educación, en los niveles provinciales y locales. En el régimen de competencias que hoy se propone para los gobiernos locales, la única que consta para el tema de salud y educación, por ejemplo, es la de planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, establecida como competencia municipal, lo que luce enteramente restrictivo.

Analizando el articulado propuesto en referencia al trabajo, se observa una grave limitación al derecho de sindicalización de los/as trabajadores/as públicos, comparativamente con las normas vigentes en la Constitución de 1998, pues se establece que en las instituciones del Estado y en las de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, los/as trabajadores/as no estarán amparados por las normas del Código de Trabajo, sino por las de la Administración Pública, no solamente aquellos/as que tengan funciones de representación o directivas, sino también aquellos/as que cumplan funciones administrativas o profesionales (Art. 326, núm. 16), con lo cual la sindicalización sería privativa de los trabajadores manuales.

Lo anterior, aparte de significar un desconocimiento de derechos sociales adquiridos que son irrenunciables e intangibles de acuerdo a los principios del derecho social, implica además la violación de convenios internacionales de trabajo suscritos por el Estado ecuatoriano. Esta posición parece basarse en la idea subyacente de que los problemas del sector público estatal son causados principalmente por los/as trabajadores, y que no obedecen al conjunto de problemas de corrupción, ineficiencia e incapacidad de quienes han estado al frente de las instituciones estatales, que son los que han tenido el poder de decisión en ellas.

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

La propuesta constitucional establece garantías normativas, de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, y las garantías jurisdiccionales. Entre estas últimas consta la acción de protección, el habeas corpus, el habeas data, la acción de acceso a la información pública, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección. Las tres primeras se contemplan en la Constitución actual¹⁹ aunque en algunos aspectos se modifican sus contenidos. Las tres últimas acciones son nuevas garantías.

Según el proyecto de Constitución, el Habeas Corpus no se interpondría ante los/as acaldes/as sino ante los jueces, y no se aplicaría solo para casos de ilegalidad o arbitrariedad en las detenciones de personas, sino también en los casos de tortura, trato inhumano, cruel o degradante. La Acción de Protección se amplía no solo para actos cometidos por autoridades públicas que vulneren un derecho, sino cuando lo hagan personas particulares “si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.²⁰ Sin embargo, el procedimiento y resultado de esas acciones es menos claro y contundente que lo que contempla la Acción de Amparo de la Constitución de 1998, que establece que:

¹⁹ La Acción de Protección es la Acción de Amparo en la Constitución vigente.

²⁰ Actualmente la acción de amparo contra los particulares procede “cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso”.



“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción (...) se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública (...) También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles”.

El proyecto de Constitución señala –en cambio– que “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. (Art. 88)

Las sentencias de primera instancia podrían ser apeladas ante las cortes provinciales, con lo cual se alargaría el proceso y solo de manera potencial “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho” (Art. 87); por lo que la suspensión inmediata –que es la virtualidad principal del Amparo Constitucional actual– no es garantizada.

No cabe duda que son positivas las siguientes garantías:

- La Acción de Acceso a la Información Pública (Art. 91), cuando esta haya sido denegada expresa o tácitamente, o cuando se haya entregado información incompleta o no fidedigna.

- La Acción por Incumplimiento (Art. 93), frente a incumplimientos de normas que integran el sistema jurídico, o al incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, acción que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional.

- La Acción Extraordinaria de Protección (Art. 94) contra sentencias o autos definitivos violatorios de derechos reconocidos en la Constitución. En este caso, por no haber una precisión mayor en su formulación puede convertirse en un mecanismo para eludir y prolongar excesivamente los juicios, convirtiéndole en la práctica a la Corte Constitucional en una instancia de casación.

CONCLUSIÓN

Pese a las observaciones críticas que podamos realizar, indudablemente los títulos referidos a los derechos son las partes mejor logradas de la propuesta constitucional de la Asamblea Constituyente, pues buscan pasar de la formulación retórica de los derechos a la viabilidad de su aplicabilidad práctica, a partir del reconocimiento de que la igualdad y la libertad no se producen por decreto, sino que deben ser conquistadas y garantizadas, precisamente a partir de la aceptación y visibilización de las diferencias reales existentes entre las personas, como primer paso para impedir que se conviertan en pretextos de discriminación.

A los grupos sociales e identidades colectivas reconocidas en la propuesta constitucional de Montecristi nos corresponde apropiarnos de estos derechos, como parte del ejercicio de ellos, pero también de nuestros deberes ciudadanos, e identificar desde la movilización y la organización social, aquellos aspectos que merecen modificarse, en el camino de perfectibilidad de la democracia ecuatoriana, que debe ser profundizada, radicalizada y enriquecida con el despertar de la conciencia social y ciudadana que se expresó en el proceso constituyente y que es la mejor garantía para la construcción de una etapa mejor de nuestra convivencia como ecuatorianos/as.

