

Patricio Pazmiño Freire

Descifrando Caminos Del Activismo Social a la Justicia Constitucional



FLACSO
Ecuador

Índice

Presentación	9
Prólogo	11
Agradecimientos	15
Capítulo I Los Derechos económicos sociales y culturales (DESC) y las instituciones financieras internacionales: una relación compleja	19
Capítulo II La Constitución como instrumento de transformación	41
Capítulo III La participación ciudadana y la transformación profunda, pacífica y en democracia	87
Capítulo IV Derechos controversiales en una democracia constitucional	101
Capítulo V La justiciabilidad de los derechos constitucionales: ¿meta o camino?.	143
Capítulo VI Debate urgente para una democracia emergente. Dialogando con el neopositivismo	175
Bibliografía	213
Anexos	221

© De la presente edición:

FLACSO, Sede Ecuador

La Pradera E7-174 y Diego de Almagro

Quito-Ecuador

Tel.: (593-2) 323 8888

Fax: (593-2) 3237960

www.flacso.org.ec

ISBN:

Cuidado de la edición: Santiago Rubio

Diseño de portada e interiores: Antonio Mena

Imprenta: Rispergraf

Quito, Ecuador, 2010

1ª. edición: agosto de 2010

*En homenaje a Leoncio Pazmiño Paredes,
ejemplo de vida*

Presentación

El autor de este libro es un destacado abogado que se ha concentrado en las dinámicas sociales y políticas de los actores subordinados de la sociedad y sus organizaciones. Durante los últimos veinticinco años, combinó la asesoría a organizaciones sociales y al movimiento indígena con la defensa de los derechos humanos, particularmente, los derechos económicos y sociales. En junio de 2007, fue designado vocal y presidente del entonces Tribunal Constitucional. Su práctica en ese organismo, en términos doctrinales, ha estado dirigida a la institucionalización del paradigma constitucional garantista latinoamericano.

Este libro puede ser leído como un diario de campo que refleja el proceso de construcción y consolidación de una forma de aproximación específica a la comprensión del Derecho: la cultura garantista. En ese sentido, el libro que se presenta no es un texto canónico, un manual o un tratado de derecho constitucional en sentido estricto; por el contrario, es un texto destinado a producir acción pública y así debe ser valorado. No obstante, también puede leerse como una investigación académica pues trata de demostrar la pertinencia de la unión entre pensamiento y acción desde una perspectiva novedosa en el océano de la producción jurídica latinoamericana.

Adrián Bonilla Soria
Director
FLACSO-Ecuador

Prólogo

Este libro tiene un sabor a autenticidad. Es un libro vivido, que nos transmite un saber hecho de experiencia como diría el gran poeta portugués Luis de Camões. Patricio Pazmiño Freire, ahora presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, fue, a lo largo de los años, un luchador valiente y consistente por los derechos humanos individuales y colectivos de las clases populares ecuatorianas y de los pueblos indígenas. En esa lucha, ha compartido las aspiraciones de quienes históricamente han sido más objeto, que sujeto de derechos y, en ese proceso, ha construido un conocimiento complejo del derecho, del Estado y de las luchas sociales. Su investigación es doblemente sólida y convincente, por la calidad de los argumentos y por la transparencia de los valores que animan la búsqueda de interpretaciones. Su reflexión es crítica y propositiva, su investigación es objetiva, pero no neutral. Pazmiño sabe de qué lado está, al lado de los que sufren la sistemática violación de sus derechos, al lado de la transformación profunda que vive Ecuador. Para garantizar la prosecución de estos objetivos, está dispuesto a construir compromisos, pero éstos nunca incluyen los que están al lado de los opresores o se oponen a los cambios. Comparto con él estos objetivos aunque no necesariamente estoy de acuerdo con todos sus análisis e interpretaciones.

Este libro cubre una variedad enorme de temas de derecho constitucional que reflejan la trayectoria profesional y la ciudadanía activa de su autor. Desde los derechos humanos hasta la deuda externa y a las instituciones financieras internacionales, del derecho a la salud, al derecho a la

libertad de expresión, de la Asamblea Nacional Constituyente, a los profundos cambios políticos que separan la Constitución de 1998 de la Constitución de 2008, de los derechos colectivos y ancestrales a la consulta pre-legislativa. Patricio Pazmiño Freire es un profundo conocedor no solamente del derecho y de la experiencia constitucional de Ecuador sino, también, de la teoría y práctica constitucional de Europa y de América Latina.

Dos temas de largo alcance teórico y analítico dominan este libro. El primero puede formularse con una pregunta: ¿Puede el derecho ser emancipatorio? De hecho, esta pregunta es el título de un capítulo de uno de mis libros, cuya edición en español ha sido publicada recientemente (Sociología Jurídica Crítica. Madrid, Trotta 2009). Mi respuesta es un sí condicional: el derecho, siendo un instrumento hegemónico, puede ser emancipatorio en la medida en que sea usado de modo contra-hegemónico.

El continente latinoamericano, más que ningún otro, ha conocido, en los últimos veinte años, experiencias bien sucedidas del uso contra-hegemónico de instrumentos políticos hegemónicos como son la democracia representativa, el derecho, los derechos humanos y el constitucionalismo. Entiendo por instrumentos hegemónicos, las instituciones desarrolladas en Europa a partir del siglo XVIII por la teoría política liberal con vista a garantizar la legitimidad y gobernabilidad del Estado de Derecho moderno en las sociedades capitalistas emergentes. Se trata de instrumentos hegemónicos porque fueron diseñados para garantizar la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases y porque son creíbles como garantes de la consecución del bien común, incluso por parte de las clases populares, en sí, afectadas negativamente por ellos. Su credibilidad proviene de una tensión entre democracia y capitalismo resultante, por un lado, del carácter expansivo de la democracia (que inicialmente excluía a las mujeres y a los trabajadores del juego democrático) al permitir la lucha por su profundización; y, por otro lado, de la relativa inflexibilidad del capitalismo (que inicialmente consideró los impuestos como confiscación estatal) al permitir solamente (bajo presión) concesiones (pérdidas de ganancias inmediatas) que no amenacen (y más bien garanticen) su reproducción ampliada a largo plazo.

El uso contra-hegemónico, como el nombre indica, significa la apropiación creativa para sí, por parte de las clases populares, de esos instrumentos, a fin de hacer avanzar sus agendas políticas, más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista¹. Las movilizaciones populares de las dos últimas décadas por un nuevo constitucionalismo, desde abajo, por el reconocimiento de los derechos colectivos de las mujeres, indígenas y afro-descendientes, la promoción de procesos de democracia participativa en paralelo con la democracia representativa, las reformas legales orientadas hacia el fin de la discriminación sexual y étnica, el control nacional de los recursos naturales, las luchas para retomar la tensión entre democracia y capitalismo, eliminada por el neoliberalismo (democracia sin redistribución de la riqueza y, al contrario, con concentración de riqueza); todo ello configura un uso contra-hegemónico de instrumentos e instituciones hegemónicas. El uso contra-hegemónico es siempre un uso contra-corriente y, por eso, necesita, para sostenerse, de la permanente movilización política que, para ser efectiva, tiene que operar desde dentro de las instituciones y desde fuera (movilizaciones en las calles, acciones directas, no necesariamente legales). Sin esa movilización el potencial contra-hegemónico de las instituciones se vacía rápidamente.

Este libro constituye un ejemplo muy convincente y consistente de la posibilidad de uso contra-hegemónico del derecho, en este caso, del derecho constitucional.

El segundo tema es lo que llamo el *constitucionalismo transformador*. En el continente, sobretudo en Ecuador y Bolivia, se vive hoy la experiencia de un constitucionalismo de nuevo tipo. Es un constitucionalismo muy distinto del constitucionalismo moderno que ha sido concebido por las élites políticas con el objetivo de constituir un Estado y una nación con las siguientes características: espacio geopolítico homogéneo donde las diferencias étnicas, culturales, religiosas o regionales no cuentan o son suprimidas; bien delimitado por fronteras que lo diferencian en relación al exterior y lo des-diferencian internamente; organizado por un conjunto

1 Gramsci fue quien, dentro del marxismo, dio más atención a la necesidad de tomar del adversario lo más avanzado en sus posiciones e integrarlo de modo subordinado en el contexto más amplio de las luchas anti-capitalistas.

integrado de instituciones centrales que cubren todo el territorio; con capacidad para contar e identificar a todos los habitantes; regulado por un solo sistema de leyes; y, poseedor de una fuerza coercitiva sin rival que le garantiza la soberanía interna y externa.

Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el Continente se manifiesta a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anti-capitalistas y anti-coloniales.

El neo-constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano del que habla Patricio Pazmiño Freire, tiene muchas convergencias con mi concepto de constitucionalismo transformador. El último capítulo del libro contiene una de las críticas al positivismo constitucional más lucidas que he leído en tiempos recientes.

El tratamiento de estos dos temas (y de muchos otros más) van a transformar a este libro en una referencia obligatoria del proceso constituyente en curso. Ciertamente, para concordar o discordar, pero nunca para ignorar.

Boaventura de Sousa Santos

Coimbra, 24 de Mayo de 2010

Agradecimientos

Una interrogante que acompañó recurrentemente mis preocupaciones intelectuales, durante las dos últimas décadas, tenía que ver con la cuestión de descubrir los medios idóneos para concretar una transformación institucional profunda y pacífica, desde la disciplina del derecho, que permita resolver, de manera democrática y eficaz, las necesidades vitales de la gente, principalmente de los sectores sociales.

Esta motivación transformó mi experiencia de vida y se orientó a la búsqueda de una nueva dimensión de lo jurídico, que partiendo del formalismo liberal positivista, progresivamente se fue convirtiendo en una perspectiva que se nutre del denominado derecho emancipatorio, entendido como tal, el enfoque que es capaz de utilizar una visión integral de derechos, cuya naturaleza y contenido material hace uso del instrumental contemporáneo de análisis e interpretación jurídica para reformular nociones tradicionales como: Estado, Nación, democracia y derechos, a las cuales, desde una visión de interculturalidad, ya no se las debe asumir como realidades uniformes, inmutables, cuasi divinas, sino que, por el contrario, se las comprende en su dinámica y movilidad social e histórica, para transformarse en herramientas jurídicas y políticas idóneas para colocarlas al servicio del cambio y la transformación profunda del Ecuador.

Esta publicación, si bien tiene como base mi experiencia de vida al destacar los códigos descifrados y compartir con los lectores el camino académico y profesional transitado, solo puede tener sentido emancipatorio si se la concibe como parte del proceso de transformación profundo

que vive el país. Es justamente en esta dimensión histórica que este esfuerzo intelectual es una invitación al debate, la investigación y reflexión propositiva que, conforme lo repito insistentemente a mis alumnos en las aulas universitarias, aporte a cultivar una actitud y conciencia crítica, y emancipatoria, para impedir, como sentenció el maestro del libertador, Simón Rodríguez: que si no somos capaces de innovar o crear, estemos condenados a imitar o repetir.

El texto expone, desde la perspectiva de la disciplina constitucional, algunos elementos sustanciales producidos en esta fase de transformación que pueden alentar un verdadero proyecto de vida en común, a partir de conceptos alimentados con perspectivas doctrinarias del neo constitucionalismo, desarrollados con particularidades e innovaciones propias de nuestro país y continente que, a no dudarlo, son parte de una propuesta viable de nuevo tipo para una democracia del siglo XXI.

Estoy impedido de concluir esta nota sin expresar el reconocimiento a la palabra orientadora y oportuna, así como la siempre novedosa experiencia de vida, complicidad y sueños compartidos con Gina Chávez, mi compañera. Especial mención a mí querido amigo y colega Juan Montaña, académico y activista irreductible, por sus permanentes críticas y aportes sustanciales. A Daniel Uribe, por su profesionalismo e incansable trabajo de investigación, mi particular afecto. Porque soy un convencido de que las constelaciones alumbran más que las estrellas, destaco el sistemático esfuerzo, muchas veces anónimo, de todos los jóvenes colegas, hombres y mujeres, asesores y asesoras de la Corte Constitucional; particularmente, mi reconocimiento y aprecio a Stalin Raza, Jorge Badillo, Pablo Alarcón y Sebastián González, por sus aportes y, principalmente, por su predisposición al cambio y mentalidad abierta para diseñar las nuevas coordenadas constitucionales en los proyectos de sentencia presentados al pleno de la Corte, en especial, en el tratamiento a la demanda de inconstitucionalidad de la “Ley de minería”. Al profesor Boaventura de Sousa Santos, el agradecimiento profundo y respetuoso, no solo por el honor de contar con sus palabras de introducción, sino por ser una constante inspiración humana y académica que ha orientado la parte sustancial de mi transformación jurídica y profesional. Honra mi antecedente académico ser graduado de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLAC-

SO, que, a través del Director y faterno amigo, Adrián Bonilla Soria, auspicia esta publicación, inaugurando, por primera vez, la interconexión entre el cientismo social y el derecho.

Finalmente, este trabajo no habría sido posible sin la motivación profunda que provoca toda mi familia, principalmente mis hijos: Ernesto, Santiago e Ingrid, y, de manera apasionadamente particular, mi querido nieto Camilo David, cuya generación deberá ser la beneficiaria de los logros de este proceso inédito de transformación profundo, pacífico y en democracia.

Patricio Pazmiño Freire
Quito, 2010

Capítulo I

Los Derechos económicos sociales y culturales (DESC) y las instituciones financieras internacionales (IFIs): una relación compleja

Este capítulo recoge una perspectiva de acción desde la participación ciudadana y el activismo social en el marco de lo que a la fecha, años 1999-2005, se concebía como fiscalización y control ciudadano. Aborda alternativas y estrategias de acción para utilizar los mecanismos propios de la institucionalidad con la clara intención de confrontar las políticas y prácticas de las denominadas Instituciones Financieras Internacionales (IFIs), en directa relación con la violación de los derechos sociales de la población.

Estas iniciativas, si bien carecieron de eficacia práctica, en cuanto a la obtención de resultados favorables para modificar las políticas y decisiones de organismos como el Banco Mundial, o del propio régimen político de turno, al momento de asumir compromisos de endeudamiento externo, sin embargo, se transformaron en procesos de pedagogía social para difundir y conocer el complicado entramado en que se desarrollaban las relaciones internacionales referidas al endeudamiento externo, donde quedaba evidente la pérdida de soberanía nacional y las fuertes condicionales en política fiscal y presupuestaria a las que sometían al país, alineándole con los propósitos del denominado Consenso de Washington, en clara violación de los derechos fundamentales de la gente.

En esas circunstancias, en ejercicio de la docencia universitaria, como ejercicio académico, auspicié, por primera vez en el foro jurídico constitucional, una demanda de inconstitucionalidad contra la suscripción de la Carta de Intención entre el gobierno del Ecuador y el Fondo Monetario

Internacional; petición que mereció la negativa del entonces Tribunal Constitucional, pero que, indudablemente, se constituyó en una iniciativa pionera, al proponerse llevar a los tribunales las decisiones de política pública de organismos financieros internacionales y del gobierno nacional en temas de endeudamiento externo. A saber, fue el primer intento de justiciabilidad de los derechos sociales en un tema que, hasta entonces, era tratado como asunto económico o técnico, exclusivamente.

Las Instituciones financieras internacionales (IFIs)²

La fiscalización social, que resultaría del estudio de las Instituciones financieras internacionales, guarda una relación directa con respecto a los vínculos y las responsabilidades jurídicas que se construyen al amparo de las decisiones económicas y políticas que imponen estos organismos y que, finalmente, terminan en el incremento progresivo del endeudamiento externo de los países de las regiones menos favorecidas. Por lo que es indispensable traer a colación la dependencia que guardan tanto las IFIs como los derechos económicos, sociales y culturales. Esta relación ha generado esfuerzos de construcción de iniciativas de acción, civiles y jurídicas, locales e internacionales, desde una perspectiva que privilegia los intereses de millones de personas, a la luz de un enfoque de derechos humanos.

Las discusiones de las IFIs y los gobiernos versan, necesariamente, sobre procesos de negociación de la deuda externa y renegociación de nuevos empréstitos, mismos que se caracterizan por una insistente falta de información y participación ciudadana, y por una ausencia de transparencia en la toma de decisiones. Estos procesos se los realiza en franca violación a normas y disposiciones legales, nacionales e internacionales, así como a recomendaciones y declaraciones específicas de organismos de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas.

En este contexto, es pertinente reivindicar el enorme potencial, legal y moral, que ofrecen los DESC para interpelar al proceso de globalización,

al modelo neoliberal y a las políticas de ajuste estructural, en la medida que nos facilitan instrumentos jurídicos, locales e internacionales, y una agenda pública de presión ciudadana, para hacer eficaz la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos.

Es preciso, entonces, que se identifiquen en esta dinámica los niveles de responsabilidad y las obligaciones que corresponden a los diferentes actores, locales y foráneos, puesto que no todos son completamente culpables, ni todos son completamente inocentes. Desde el terreno de los DESC, se requiere explorar las obligaciones y definir con claridad las responsabilidades.

Las IFIs en el marco discursivo

El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial son instituciones integradas plenamente en el sistema de las Naciones Unidas como agencias especializadas, establecidas por acuerdos gubernamentales según el Artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que ambas instituciones tienen la obligación de respetar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos por ser organismos creados por la Carta de las Naciones Unidas.

En consecuencia, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial deben, en el marco de sus actividades, poner mayor atención en el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el monitoreo social debería ser una parte integral de las políticas que acompañan préstamos y créditos.

Por estas circunstancias debemos asumir que enfrentar a las IFIs es preparar caminos que impidan la impunidad de los organismos multilaterales y es una de las mejores formas de acercar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales hacia caminos de justiciabilidad que reivindicuen la historia y dignidad de nuestros pueblos.

El Comité de las Naciones Unidas responsable de vigilar el cumplimiento del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), reconoce que los programas de ajuste y las políticas de austeridad son, muchas veces, inevitables, sin embargo de aquello,

² El presente artículo fue publicado en *Acciones Judiciales nacionales e internacionales para garantizar la vigencia del Derecho*, Quito, 2003.

es justamente en esas circunstancias que la obligación de proteger los derechos económicos, sociales y culturales más fundamentales se vuelve prioritaria y no puede ser secundaria. Este principio ha sido reafirmado por el Comité al otorgar prelación al cumplimiento del Pacto, prescindiendo, inclusive, de las condiciones económicas adversas que se suceden en algunos países como efecto del cumplimiento de los compromisos crediticios externos.

Los Principios de Limburgo³, aunque no de manera vinculante, fijan la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes del PIDESC al establecer que este Pacto es violado cuando se produce:

[L]a reducción o desviación de los gastos públicos específicos, cuando dicha reducción o desviación resulta en el no disfrute de ciertos derechos y no está acompañado por las medidas adecuadas para asegurar los derechos mínimos de subsistencia para todos.

Así, un Estado viola sus deberes establecidos bajo la ley internacional de derechos humanos cuando es evidente su fracaso en la realización progresiva de los derechos formulados en el Pacto, y no asume una adecuada atención a las medidas y políticas destinadas a mejorar las condiciones de vida de los sectores sociales más pobres.

De forma más reciente, en la Declaración de Quito acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales en América Latina y el Caribe, un grupo de organizaciones latinoamericanas que trabajan en esta área, identificaron las responsabilidades de las IFIs y precisaron a la deuda externa como una de las violaciones más comunes de derechos humanos que requiere ser enfrentada en América Latina. Conforme los recoge la Declaración Quito⁴:

3 Los principios de Limburgo son el resultado de la reunión de un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional en Masstricht del 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que convinieron unánimemente en estos principios los que según su criterio reflejan la situación del derecho internacional de los derechos humanos.

4 La Declaración de Quito es un manifiesto de Organizaciones de Derechos Humanos, acerca de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales para América Latina y el Caribe, que fue suscrita el 24 de julio de 1998, en la ciudad de Quito, Ecuador.

Las instituciones intergubernamentales tienen la obligación de asegurar que sus políticas y actividades respeten los derechos económicos, sociales y culturales DESC, lo que significa que no contribuyan a promover violaciones de los DESC y que impliquen la aplicación retroactiva del ámbito de protección concedido a estos derechos o mediante la introducción de obstáculos para el disfrute de los DESC.

Entonces parece correcto reconocer que, cuando se afirma que el FMI exige la aplicación de los Programas de Ajuste Estructural, como una precondición de renegociación de la deuda, el FMI viola sus obligaciones respecto a la protección de los derechos humanos, en tanto es una institución internacional que, por su estatus, está plenamente integrada al sistema de las Naciones Unidas y debería, como agencia especializada intergubernamental, bajo mandato de la Carta de las Naciones Unidas, respetar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

El Banco Mundial y la estrategia de asistencia al país (CAS) para Ecuador

La estrategia de asistencia al país (CAS)

Regularmente, cada uno o cinco años, dependiendo del país, el Banco Mundial (BM) y el respectivo Gobierno elaboran un documento que se llama Estrategia de Asistencia al País que, por sus siglas en inglés, se conoce como el CAS, (Country Assistance Strategy). Este documento es un plan que identifica el modelo económico y las necesidades sociales en cada país y, sobre esa base, a pedido del gobierno, el BM aprueba el programa determinando la orientación y prioridad de sus préstamos en los próximos años.

Para el caso de Ecuador, el BM actuó luego de que el gobierno de Mahuad suscribió la Carta de Intención con el FMI, por lo que se considera que el CAS viene a ser una política que apoya los contenidos de ese acuerdo.

El CAS funciona casi como una receta económica. El BM elabora y contrata estudios de economía, pobreza, indicadores sociales, etc., para

determinar cuál sería la mejor “medicina”, es decir, la mejor política económica para el país. En ese orden, supuestamente, el CAS debería reflejar las prioridades de inversión nacional.

El CAS vigente para el Ecuador

El último CAS para el Ecuador fue aprobado el 22 de junio del 2000 por la Junta Directiva del BM y tuvo un período de duración de 24 meses (esto es hasta el 22 de junio del 2002). Las líneas de acción previstas eran las siguientes:

1. La restauración de estabilidad macroeconómica y la promoción de la reactivación económica. Préstamos para lograr este objetivo incluyeron el de 12 meses “stand by” del FMI y un préstamo de Ajuste Estructural del Banco Mundial.
2. Modernizar el sector público. Los préstamos para llevar a cabo estas reformas incluyen el préstamo de Ajuste Estructural del BM y el préstamo MOSTA del BM y el BID.
3. Aumentar el papel del sector privado en los sectores de telecomunicación, electricidad e hidrocarburos. A través del Préstamo de Ajuste Estructural y el PERPTAL 11 (Préstamo de Reformas Públicas, Privatización y Asistencia Técnica) del BM.
4. Rehabilitar el Sistema Bancario y Re-privatizar los bancos que están bajo control de la AGD. Préstamos de este proyecto incluyen: el Ajuste Estructural y un nuevo préstamo “FSTAL” que sería coordinado con el BID y la CAE
5. Protección para los pobres a través de proyectos de desarrollo social, educación y salud. Esta protección se realizaría a través de préstamos de protección de capital humano, PROLOCAL/FISE, agua y saneamiento para áreas rurales y comunidades pequeñas, y desarrollo para pueblos indígenas y afroecuatorianos. La mayoría de los préstamos para los sectores sociales y el desarrollo sostenible son préstamos que ya están en ejecución, o son segundas etapas de préstamos anteriores, por tanto, no se prevén nuevas asignaciones.

6. Apoyo al desarrollo sostenible. Los préstamos incluyen: reforma jurídica, desarrollo fronterizo entre Ecuador y Perú, asistencia técnica de riego, carreteras rurales, desarrollo rural, asistencia técnica para el manejo ambiental y PROLOCALIFISE.

Condicionamientos previstos en el CAS

El CAS contempla varias condicionalidades conocidas como “triggers” que el país estaría obligado a cumplir para asegurar el desembolso de los préstamos. Estas incluyen:

1. Lograr buenos niveles macroeconómicos, incluyendo los establecidos por los programas del FMI
2. Mantener programas sociales prioritarios y lograr un buen progreso en el cumplimiento de los indicadores sociales
3. Rehabilitar el sector bancario, que incluye reestructuración de la deuda y reestructuración de los préstamos de los bancos
4. Presentar un borrador de cambios legislativos al Congreso Nacional para los sectores de hidrocarburos y electricidad.
5. Desempeño satisfactorio en las operaciones de financiamiento del Banco con un portafolio sostenible con calidad de implementación de proyectos a través del cumplimiento con: (I) la proporción de desembolso encima de 20% (II) el índice de productividad por encima de 75% (III) el índice de realismo por encima de 60%.

Si Ecuador no cumple con el número I y II, automáticamente, solo calificaría para un préstamo de 150 millones de dólares, en vez de los 425 millones, si cumple con todas las condicionamientos.

¿Qué hemos hecho los ecuatorianos frente a la aprobación del CAS y por qué exigir al Presidente Gutiérrez transparencia, información y participación?

En el año 2000 un grupo de legisladores, que no logramos identificar quiénes eran y a qué partidos pertenecían, viajaron a Washington para exigir al BM la aprobación del CAS, a nombre del H. Congreso Nacional, a pesar de que, en esa fecha, el Congreso estaba en vacancia y nunca se discutió o tomó una resolución al respecto.

Sin embargo, durante los días 17 y 18 de Junio del 2000, representantes de la CONAIE, CEOLS, el SAPRIN, la Coordinadora Política de Mujeres y del Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES, nos reunimos en Washington con los miembros de la Junta Directiva del BM para solicitar el aplazamiento de la aprobación del CAS y del Programa de Ajuste Estructural, hasta que se cumpla con un proceso transparente y amplio de información, discusión y participación de la sociedad en el Ecuador.

El BM argumentó que ya se había cumplido con el proceso de participación y consulta en el país y que la información y difusión de los programas era un asunto interno que debía resolver el gobierno nacional. El BM insistió en la necesidad de aprobar los programas en forma urgente para “ayudar” al Ecuador a salir de la crisis económica.

La delegación de organizaciones sociales insistió en que los programas no eran “ayuda” puesto que únicamente se transferían recursos de libre disposición para el Gobierno y que constituían más deuda externa; haciendo notar, así, que ningún nuevo préstamo tendría un impacto positivo si no estaba acompañado de una propuesta que privilegie el gasto social y que implique una drástica reducción de la deuda externa.

Herramientas para dialogar con las Instituciones Financieras Internacionales (IFI 's)

En primera instancia, cabe determinar que, al tratar sobre instituciones financieras internacionales, hablamos del Fondo Monetario Internacio-

nal, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Corporación Andina de Fomento, Comunidad Europea, Club de París, entre otras.

De allí nace la necesidad de asumir que estas instituciones existen y, como tal, son susceptibles de ser analizadas y de ser enfrentadas; en otras palabras, de establecer una política desde las organizaciones sociales hacia las instituciones financieras internacionales, lo que requiere reconocer la existencia de ese orden, colmado de agenda de prioridades, intereses, políticas y una serie de mecanismos, al igual que nuestras organizaciones sociales.

La importancia de dicho reconocimiento se relaciona respecto a las debilidades y fortalezas de las instituciones, pues estas acciones pueden ser positivas y, otras a veces, negativas. Así, básicamente, hablamos del Fondo Monetario, del Banco Mundial, del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Corporación Andina de Fomento.

Para comprender estas instituciones, se deben entender, en un principio, dos dimensiones, el nivel institucional y el nivel de presión política.

El Fondo Monetario Internacional es el organismo que menos espacios de institucionalidad presta para la relación, esto quiere decir que es uno de los organismos más cerrados, sin capacidad de interlocución con la sociedad, ya que es un organismo eminentemente político, donde los gobiernos están representados. En esta nueva fase del paradigma del desarrollo, estos organismos ya no van a apoyar al progreso, ellos van a apoyar a la eliminación de los conflictos y las contingencias que pueden provocar problemas locales o regionales, ese es su papel, no es un rol para relacionarse, no es un papel para conversar; de hecho, carecen de mecanismos de negociación y discusión interna, por lo que la relación debe ser básicamente política con sus instancias locales y las instancias internacionales, no nos olvidemos que el Fondo tiene un representante en el país y en Washington. Por lo que nos vemos obligados a tratarlos desde la política, lo que implica que, cuando los dirigentes elaboren la agenda, deben discutir sobre las propuestas y discursos que se van a entregar, sus acciones y estrategias.

En el caso del estudio del Banco Mundial, es necesario partir de la frase colocada a la entrada de su sede en la ciudad de Washington, que enuncia “Nuestro sueño, un mundo libre de pobreza”, ese es el sueño que

deberían compartir los funcionarios del Banco, un mundo libre de pobreza. Sin embargo, su actividad, en la práctica, incluye el decidir políticas de corto plazo, lo que implica que el FMI diseña la estrategia y el Banco Mundial sutura las heridas que causa esa estrategia.

Las directivas de operación del Banco Mundial son parte de su institucionalidad, son creadas con el propósito de lograr la aceptación de las políticas que implementen, así por ejemplo, se puede mencionar su política de crédito a corto plazo, que tiene que ser asegurada con mecanismos de participación y consulta social de las personas interesadas, entre otros más.

La directiva operacional que se llama “4-20”, por ejemplo, está específicamente vinculada a los pueblos indígenas; esta directiva, de forma explícita, dice: “el Banco tiene el propósito de asegurar a los pueblos indígenas la obtención de beneficios y evitar o mitigar impactos negativos”. Esta directriz incluye a poblaciones que tienen territorio, son identificados como un grupo vincular distinto, que habla un idioma diferente al idioma regional, que tienen su propia organización social y política, además, depende principalmente de una producción propia. Así, las poblaciones no son utilizadas por la política o para exigir que el préstamo se cree mediante un plan de desarrollo para pueblos indígenas, aquí se supone, al contrario, que esta directiva operacional “4-20” sirve para asegurar la participación de los pueblos indígenas que se ven afectados por un proyecto del Banco Mundial, pudiendo demandar un plan de desarrollo para sus pueblos.

Para lograrlo, el banco otorga espacios institucionales, como el Panel de Inspección. El Panel de Inspección, de manera muy reducida, consiste en que, por ejemplo, si una población indígena conociera que el gobierno ha firmado un convenio de préstamo con el Banco Mundial y ese convenio va a implementarse en una zona cercana o que va a afectar a la población indígena, pero que no ha sido consultado, puede presentar una queja al Panel de Inspección, indicando que el Ecuador, en este caso, y el Banco Mundial han incumplido la directiva operacional determinada, porque no ha existido la participación ni la consulta a los pueblos indígenas y, por lo tanto, van a verse afectadas por los impactos del préstamo que van a realizar y piden que este panel de inspección conozca del caso.

Este Panel de Inspección, relacionándonos con un espacio institucional y no jurisdiccional, constituido por un grupo de expertos independientes del Banco, generalmente, tienen por condición que, para ser miembros del Panel, no hayan sido funcionarios del Banco durante los cinco años últimos. La experticia del Panel se relaciona con la naturaleza del reclamo, así por ejemplo, si el reclamo responde a una desorganización de la composición socio-cultural de los pueblos indígenas, se entiende que, quienes van a conocer esto deben ser antropólogos, sociólogos, y expertos en temas indigenistas, por lo que se convoca a personalidades académicas e investigadores. El Panel de Inspección recoge la denuncia, la analiza, revisa que cumpla con los requisitos y toma una decisión. Posteriormente, informa a la Junta directiva del Banco para que ésta tome una decisión, por lo que observamos que, si bien el Panel es un organismo independiente, la decisión final no depende de ellos, al contrario, depende únicamente de la directiva del Banco.

Así por ejemplo, existe el caso prominente del Centro de Estudios Legales y Sociales CELS de Argentina, que propuso una demanda ante el Panel de Inspección respecto a un proyecto presentado por el gobierno de Carlos Menem, por el cual el Banco Mundial asignaría un fondo con el objeto de propiciar el desarrollo de comunidades de pequeños productores. Sin embargo, este dinero se destinaba para otros fines, sin que llegara a su objetivo final, a pesar de que existió participación y se realizó una consulta a los interesados, ellos denunciaron que el proyecto estaba destinándose para otros fines, por lo que la Comisión nombró a un Panel de Inspección; no obstante, antes de que llegaran a elaborar un informe, el Banco Mundial comunicó al gobierno de Argentina sobre dicha situación, lo que obligó al gobierno de Carlos Menem a rectificar su actuación y devolver el capital a los verdaderos beneficiarios.

Otro caso de importante renombre es el llevado a cabo en Paraguay. Se remitió un proyecto para la construcción de una represa, no obstante, dicho proyecto no había sido consultado a los pueblos indígenas que se encontraban en la zona de afectación, a pesar de ello, dicho caso sigue en trámite y todavía no existe una calificación del Panel de Inspección.

Así podemos llegar a la conclusión de que éste es uno de los instrumentos existentes para lograr una mayor participación de los interesa-

dos en los Proyectos del Banco, sin que se modifique la esencia ni la naturaleza del mismo o el préstamo contratado por el gobierno y, además, un medio para asegurar que esos préstamos vayan a cumplir los fines efectivos de beneficiar, en este caso, a las poblaciones que, efectivamente, tienen que ser las beneficiadas.

En cuanto al BID, uno de los organismos que más dinero ha entregado en el caso específico de Ecuador, no tiene un Panel de Inspección, pero tiene directivas internas, directivas operacionales, como tiene el Banco Mundial, que le obligan a realizar consultas antes de entregar cualquier préstamo, más aún, respecto a la realización de estudios de impacto ambiental; aquí el BID tiene una instancia, en cambio, que estudia la naturaleza del proyecto y la realización o no del estudio de impacto ambiental. Así, por ejemplo, si existe un proyecto que carezca del estudio de impacto ambiental puede solicitar al Banco la suspensión del proyecto hasta que se cumplan sus directivas operativas.

En consecuencia, hay que decir que estos organismos sí tienen ciertos mecanismos de participación; no obstante, no es del todo cierto, ya que el Banco Mundial considera que la consulta y la participación es cumplida cuando invitan a estas organizaciones a reuniones, talleres y seminarios, lo que no es del todo correcto pues, si bien este tipo de actividades responden a un proceso de consulta, no son el proceso de consulta en general, son solo una etapa. En este sentido, organizaciones como la CONAIE han reaccionado inmediatamente, ya que el Banco ha determinado la existencia de un acuerdo con ellas respecto al programa de ajuste estructural y la carta de apoyo al CAS, puesto que el Banco había asegurado haberse reunido con la CONAIE, con los Sindicatos, con la delegación de la CEOLS, con organizaciones de mujeres, sin embargo, la CONAIE no pudo estar presente, por lo que dicha organización envió una carta indicándoles que nunca se han reunido con ellos; a pesar de aquello, el Banco, para tomar su decisión, afirmó que sí fueron consultados, es más, tomaron dicho trabajo y lo mostraron como uno de los proyectos estrella del Banco Mundial, demostrando una relación de participación y consulta con organizaciones indígenas y siendo un ejemplo para los países de América del Sur.

De esta manera, las organizaciones tienen el derecho de solicitar información a las IFIs, además, deben exigirles participación en base a sus

directivas operacionales, sin que las entrevistas o informes enviados sean considerados realmente consultas.

Sin embargo, es necesario pensar que el trabajo de las ONGs ha abierto canales de información, de consulta y participación, pudiendo demandar al Banco desde el concepto de la fiscalización y el control social. Esto implica fiscalizar el origen, el destino y el uso de los fondos, ¿cómo beneficia y a quién beneficia?, si es a las propias organizaciones indígenas, esos fondos deben ser absolutamente transparentes y transparentados, porque la fiscalización social obliga a que se planteen alternativas al Banco Mundial que no impliquen mayor deuda externa, pues es el único medio para cumplir las palabras escritas al ingreso del Banco Mundial (Nuestro sueño, un mundo libre de pobreza) y generar, entonces, autonomía a las organizaciones para fiscalizar al Banco, por lo que la fiscalización y el control social es una de las alternativas para hacer seguimiento independiente a los organismos financieros internacionales.

Buscando Respuestas⁵

El tema de la deuda es un problema múltiple, entonces no puede haber una sola salida, ni puede haber una sola respuesta. El reto está en buscar alternativas, desde una posición firme, para que se reconozca la ilegitimidad de la deuda, estableciendo, de esta manera, una agenda para el no pago de la deuda, por haber destruido nuestra economía y medio ambiente. Es necesario concretar nuestros argumentos en propuestas, ya que no resulta lógico solicitar préstamos que incrementen la deuda externa del país, pues, si eso sucediera, las organizaciones sociales no se diferenciarían, en sentido alguno, de los municipios, ministerios y demás órganos gubernamentales. Pero existen formas de demandar por fondos no reem-

5 Una iniciativa emblemática al respecto, constituye la acción de investigación que propicié como director del Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES, respecto del endeudamiento de Ecuador con Noruega (ver publicación en: http://www.oid-ido.org/IMG/pdf/Deudas_ilegitimas.pdf); iniciativa ciudadana que sirvió como precedente a lo que luego sería asumido como política de Estado, por el gobierno del economista Rafael Correa, al conformar una comisión ciudadana que investigó los procesos de endeudamiento irregulares.

bolsables, formas legítimas y que pueden establecerse por medio de un programa de políticas para eliminar la pobreza.

Los casos de Polonia y Jordania. En el primer caso, el Club de París condonó dieciséis mil millones de dólares (aproximadamente el cincuenta por ciento de la deuda externa de Polonia), adicionalmente los países acreedores designaron otro diez por ciento de la deuda, es decir, dos mil millones más al llamado *eco fondo*, encargado de inversiones sociales y ambientales con control ciudadano y control de las organizaciones. Polonia, entonces, logró la reducción de dieciocho mil millones de dólares (más de casi el sesenta por ciento de su deuda).

En el segundo caso, Jordania en 1999 llegó a un acuerdo con el Club de París, por el cual cuatrocientos veinticinco millones de la deuda externa pasaban a cincuenta organizaciones sociales y ambientales del país para invertir en programas de desarrollo sustentable, pero reduciendo la deuda. En Estados Unidos existe una ley a favor del ITAGE, así el Tropical Forest Act (Acta de protección del Bosque tropical) permite al Gobierno de los Estados Unidos condonar o reducir la deuda de países con Bosques tropicales en la medida que el dinero condonado se use para proteger esos bosques tropicales. Ecuador tiene cien millones o doscientos millones de dólares de deuda con Estados Unidos, pero podrían ser condonados respecto a la protección del Bosque Tropical en Ecuador y la Amazonía, esto implicaría la inversión social para poblaciones indígenas, lo que, a su vez, lograría reducir o eliminar la deuda y no incrementarla.

Existen alternativas que deben seguirse explorando, permitiendo la transferencia de herramientas y estrategias de negociación que ayuden a establecer el mejor plan de desarrollo social y ecológico en base a una realidad que, día a día, nos impulsa a buscar mejores soluciones.”

Demanda de inconstitucionalidad a la firma de la Carta de Intención con el Fondo Monetario Internacional⁶

Nosotros, Ab. Francisco Banchón Ramírez, Dr. Enrique Mármol Palacios, Dr. Patricio Pazmiño Freire, ciudadanos de la República del Ecuador, mayores de edad, en ejercicio del derecho constitucional establecido en el art. 23 letra d de la Ley de Control Constitucional, concordante con los artículos 277 número 5 y 276 números 1 y 2 de la Constitución Política de la República del Ecuador, concurrimos a su autoridad a proponer una demanda de inconstitucionalidad de la llamada “Carta de intención” (la Carta) que remitieron, a nombre del gobierno ecuatoriano, el señor Ministro de Finanzas y Crédito Público del Ecuador, abogado Jorge Guzmán Ortega y el señor economista Modesto Correa, Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, al señor Stanley Fisher, Director Gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI).

En dicha Carta el Ejecutivo compromete el futuro del desarrollo del país, se arroga funciones de legislador al proponer reformas legales, enajena la soberanía nacional en relación al manejo autónomo de los recursos fiscales, al obligarse a ejecutar las instrucciones que emanen de dicho organismo.

Demandados

Demandamos al señor Luis Yturalde Mancero, Ministro de Finanzas y Crédito Público, por los derechos que representa del Ministerio de Finanzas, el mismo que será citado en su despacho, en el edificio del Ministerio de Finanzas ubicado en la avenida Diez de Agosto No.8.914, en la ciudad de Quito y al señor ingeniero José Luis Icaza, Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, por los derechos que representa de esta institución, quien deberá ser citado en su despacho en el edificio del Banco Central ubicado en la avenida Diez de Agosto No.12.890 de esta ciudad.

⁶ Esta fue la primera acción judicial que se propuso llevar a los Tribunales de Justicia, el debate sobre la responsabilidad de organismos internacionales financieros, en la violación a los derechos humanos, como resultado de la aplicación de sus políticas. (Ver anexo 2 – Sentencia).

Acto impugnado

Demandamos la inconstitucionalidad del Acto Administrativo por el cual el señor abogado Jorge Guzmán Ortega, Ministro de Finanzas y Crédito Público, conjuntamente con el señor economista Modesto Correa, presidente del directorio del Banco Central del Ecuador, remitieron al señor Stanley Fisher, director encargado del Fondo Monetario Internacional, el 4 de abril del dos mil, la “Carta de Intención y el memorando adjunto que contiene el programa de política macroeconómica, fiscal, monetaria, cambiaria y bancaria y la ley fundamental para la transformación económica del Ecuador”.

Fundamentos de hecho

A nombre del gobierno ecuatoriano, sin ninguna referencia de la base jurídica que sustente dicha representación, para la firma de la Carta, los funcionarios que ya hemos señalado, el cuatro de abril de dos mil, suscribieron y remitieron al Director Encargado del Fondo Monetario Internacional una comunicación en la cual adjuntan la llamada Carta de Intención, por la cual el gobierno del Ecuador, presidido por el doctor Gustavo Noboa Bejarano, anuncia al Fondo Monetario Internacional, los aspectos más generales de lo que será su política económica durante los próximos dos años, en un documento llamado “MEMORANDO DE POLÍTICA ECONÓMICA DEL GOBIERNO DEL ECUADOR PARA EL 2000”. Esta decisión la asumieron estos funcionarios sin contar con la opinión ni la participación del Congreso Nacional ni de las organizaciones de la sociedad civil.

En el punto IV del memorando, el Gobierno se compromete a reducir el déficit del sector público no financiero del 6% del PIB en 1999 al 3,9% del PIB en 2000; y el déficit consolidado del sector público del 7,2% del PIB en 1999 al 3,2% del PIB en 2000, a través de varios mecanismos, entre otros, mayor explotación de recursos petroleros y control estricto del gasto en remuneraciones, limitándose el aumento de salarios al 20% en enero de 2000 para grupos seleccionados y un aumento gene-

ral del 10% en abril y aumentos del 20% en julio y octubre para ciertos grupos.

En el punto V del memorando, sobre política monetaria y cambiaria, se compromete a acumular un fondo de ciento sesenta millones de dólares estadounidenses para crear un mecanismo de apoyo de liquidez para bancos, a mantener el actual sistema de liberación de liquidez de los depósitos congelados en los bancos.

En el punto VI, Reestructuración del sector financiero, se compromete a dictar leyes que permitan operar a los bancos con capitales inferiores al 9% mínimo actual y a fijar el mínimo del capital en “U.S \$2,5 millones para junio de 2001”, y emitir nuevos bonos para pagar los depósitos garantizados por la AGD.

En el punto VIII se obliga a establecer mecanismos para reestructurar las deudas a los bancos de valor inferior a cincuenta mil dólares. En el punto VIII “Financiamiento del Programa”, se compromete a obtener recursos externos y reestructurar la deuda en bonos Brady y Euro bonos, así como los atrasos con el club de París.

En el punto IX, se compromete a privatizar los puertos marítimos de Guayaquil y Esmeraldas, las empresas eléctricas y telefónicas y a continuar con la reducción del empleo en el sector público.

La expresión del conjunto de compromisos que asume el gobierno nacional, a través de la Carta de Intención, constituye un quebrantamiento de normas constitucionales en las obligaciones que desarrolla.

Así, en los porcentajes del total de ingresos fiscales que deben destinarse a los rubros de educación y salud, actualmente incumplidos, esta situación se mantendrá por el compromiso que se asume en la Carta de Intención; quienes suscriben, se arrogan funciones de legislador al prometer la expedición de leyes; comprometen el futuro de las reservas petroleras al anunciar nuevas explotaciones en zonas que no están en producción y anuncian privatizaciones de empresas y puertos sin que exista una base legal para ello.

Fundamentos de derecho

El “Memorando de Política Macroeconómica, Fiscal, Monetaria y Cambiaria”, remitido al señor Stanley Fisher, director encargado del Fondo Monetario Internacional, como Carta de Intención, a fin de obtener un préstamo de dicho organismo multilateral; es inconstitucional y viola el derecho internacional por las siguientes razones:

- a. Los funcionarios que suscriben la Carta de Intención no justifican tener el poder o la procuración legal del Presidente de la República para actuar a su representación, específicamente en el acto impugnado, violando, de esta manera, lo establecido en los artículos 171, numerales 3, 12, 13 y 18 de la Constitución Política de la República (la Constitución), así como el artículo 11 literales ch), e), f), y los artículos 57 y 84 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (el Estatuto);
- b. el acto administrativo adolece de vicios establecidos en el artículo 94, literales a y b del Estatuto que impiden la convalidación y vigencia del acto;
- c. Contradice, niega o desconoce las normas de la Constitución, en los artículos 3, 16, 17, 46, 71 inciso primero, 254, 255 y, de manera particular, el artículo 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

En la jurisdicción internacional:

- a. La Carta viola el precepto establecido en el artículo 163 de la Constitución, donde se establece claramente la jerarquía jurídica de los tratados y convenios internacionales.
- b. Los mayores efectos de la Carta tienen que ver con la reducción de la inversión social que consta en el numeral IV de la Carta, y de la política de ajuste estructural que está en el numeral IX, puesto que estas políticas van a provocar una reducción específica en los rubros de salud y educación, violando, así, la Constitución y los acuerdos y convenios regionales e internacionales de derechos humanos. (Anexo II)

- c. La Carta, en su numeral IX, literal 49, al impulsar la flexibilización laboral, a través de los contratos temporales, viola el artículo 51 numerales 1, 3 y 12. Este mismo numeral IX, en el artículo 51, viola el derecho al trabajo, que consta en el artículo 35, numeral 2 de la Constitución, en la medida que la Carta exige al Estado la reducción de puestos de trabajo en el sector público, incrementando la desocupación. (Ver Anexo II)
- d. Los impactos de la política fiscal, así como la privatización de los servicios públicos que establece la Carta en el numeral IX literales 49 y 50, impiden el acceso de los sectores sociales más pobres al uso de los servicios públicos, violando los artículos 17 y 23 numerales 7 y 20 de la Constitución. (Ver Anexo II)
- e. La Carta no responde a los intereses de la sociedad ecuatoriana, ya que ésta ha sido rechazada por múltiples manifestaciones públicas y diversos sectores sociales, en razón de lo cual viola el artículo 43 literal e) de la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA que señala que, los Estados miembros deben dedicar sus esfuerzos a lograr que el funcionamiento de los sistemas de administración pública en orden a los requerimientos e intereses de la comunidad, lo que obviamente la Carta no cumple.
- f. La Carta desconoce que: “Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste”. Declaración sobre el Derecho de Desarrollo, art. 2 (Naciones Unidas, 1986);
- g. Quienes suscribieron la Carta no consideraron que: “Un esfuerzo nacional concertado, con la participación de todos los sectores de la sociedad es, por lo tanto, indispensable para el logro progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La participación popular será necesaria en cada etapa, como por ejemplo, en la formulación, la aplicación y examen de las políticas generales de cada país.” Principios de Limburgo art. 11. “Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de

desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, art. 7.1

- h. Se ha hecho caso omiso a la obligación de que: “todo Estado tiene la responsabilidad primordial de promover el desarrollo económico, social y cultural de su pueblo, de elegir sus objetivos y medios de desarrollo, de movilizar y utilizar cabalmente sus recursos, de llevar a cabo reformas económicas y sociales progresivas y de asegurar la plena participación de su pueblo en el proceso y los beneficios del desarrollo.” (Secretario General de la ONU, “Conjunto preliminar de directrices normativas básicas sobre programas de ajuste estructural y derechos económicos, sociales y culturales: Informe preparado en cumplimiento de la resolución: 1994/37” E/CN.4/Sub.2/1995/10, 1995, arto 40)
- i. “La esencia de la obligación jurídica incurrida por cualquier gobierno en esta materia es procurar el cumplimiento de las aspiraciones económicas y sociales de su pueblo, siguiendo un orden que asigna prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad del “derecho de supervivencia” y las “necesidades básicas” es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades, Washington, OEA, 1982, p.322.

Por lo expuesto, la Carta desconoce, niega, contradice e impide la realización, por parte del gobierno del doctor Gustavo Noboa Bejarano, de las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, entre ellos, los siguientes: “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” en los artículos 7, 11, 12, 13, 14, 15, 37; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”: en los artículos 2 (1), 3, 4, 6, 7, 9, 11, 12 y 13; y “Protocolo de San Salvador”, en los artículos 3, 7, 10 y 13. (Ver Anexo II)

Designación del Juez

Corresponde al Tribunal Constitucional conocer de esta demanda según lo establecido en el art. 277 número 5 de la Constitución de la República y el lit. d) del Art. 23 de la Ley del Control Constitucional.

Pretensión

En consideración a lo expuesto, solicitamos que el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones privativas que le están señaladas en el número 2 del art. 276 de la Constitución Política de la República, declare inconstitucional, por la forma y por el fondo, el acto administrativo de suscripción y remisión al señor Stanley Fisher de la Carta de Intención y Memorando Adjunto, del 4 de abril de 2000.

Documentos que acompañamos

Adjuntamos una compulsa simple de los documentos que impugnamos y copias certificadas de nuestras cédulas de identidad y certificados de votación, así como las firmas de ley exigidas en el artículo 277 numerales 4 y 5 de la Constitución Política.

Domicilio para ser notificados

Recibiremos Notificaciones en la casilla judicial No. 1477 de los profesionales que con nosotros suscriben, los mismos que quedan autorizados a presentar, en conjunto o a sola firma, cuanto escrito fuere menester en defensa de nuestra pretensión.

Designación de procurador Común

Designamos como Procuradores Comunes al señor Abogado Francisco Banchón Ramírez y al Dr. Patricio Pazmiño Freire.

Citación al Procurador General del Estado

Cítese con esta demanda al señor Procurador General del Estado, en su despacho, en el edificio de la Procuraduría General del Estado, ubicado en la calle Robles y Ave. Amazonas en esta ciudad.

Capítulo II

La Constitución como instrumento de transformación

Los textos que se exponen dan cuenta del nivel de debate y proposición que, a principios del año 2000, pleno inicio del siglo XXI, se desarrollaba en Ecuador y en la región, a nivel de los actores políticos tradicionales, léase parlamento o partidos políticos y, principalmente, a nivel de las organizaciones sociales, comunitarias e indígenas.

Para documentar lo señalado, comparto algunos elementos sustanciales del trabajo de consultoría internacional, realizado para la cooperación europea en Bolivia, específicamente para Oxfam Gran Bretaña y Diakonia de Dinamarca, que se denomina: “La Constitución Política del Estado. En base a la propuesta de derechos de los pueblos indígenas y originarios en la nueva CPE de la Organización Indígena Chiquitana – Oich”. En este trabajo preparamos un proyecto de constitución que fue ampliamente discutido con organizaciones indígenas tanto del altiplano como de las tierras bajas, organismos no gubernamentales, representantes políticos y dirigentes sociales de Bolivia. El documento hizo hincapié en destacar que:

La demanda histórica de Asamblea Constituyente –como respuesta estructural a la crisis, no solamente del modelo neoliberal, sino del mismo Estado boliviano– se origina en las luchas de las organizaciones de los pueblos indígenas de tierras bajas, cuyas herramientas argumentativas más eficaces se nutren de la normativa internacional sobre derechos humanos, tal es el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto fue aprobado el 29 de junio de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, a la espera del voto ratificatorio del pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto se encuentra en etapa de revisión de la Organización de Estados Americanos.

El proyecto se estructuró bajo un esquema de transformación de la carta fundamental de extirpe legalista, en un texto normativo vinculante a partir de “las distintas propuestas del movimiento indígena originario, recuperando las visiones compartidas más constructivas y viables, desde una visión del proceso histórico de la construcción de un nuevo pacto social sostenible, en el marco de la revolución democrática que actualmente vive Bolivia.”

El texto de constitución se organizó en cuatro grandes componentes: el primero que desarrolla “los Valores y Principios Constitucionales donde se incluyen temas claves de la demanda colectiva de cambio: los principios de Transparencia, Rendición de Cuentas, Revocabilidad del mandato, Imprescriptibilidad para los delitos contra los derechos humanos y el patrimonio nacional”; luego, una segunda parte donde se diseña el marco garantista que propone:

Derechos, deberes y garantías, que rearticula el conjunto de derechos positivados en la normativa nacional e internacional (Derechos civiles, políticos, Derechos económicos, sociales y culturales), incorpora los Derechos Colectivos Ambientales y de los Consumidores y, sobre todo, los Derechos de los pueblos indígenas: Derechos al Territorio, a la Autodeterminación y al Autogobierno, Derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado, Derechos educativos, culturales, Derecho a la Justicia Comunitaria, entre otros.

La tercera y cuarta parte abordan la naturaleza y estructura del Estado boliviano, definiendo su organización política, institucional y territorial, proponiendo “una lógica mínima de Reordenamiento territorial capaz de efectivizar el derecho esencial al autogobierno originario”, y, concluye con los Regímenes Especiales, donde se “incorpora las demandas y derechos

indígenas en cada uno de los ámbitos específicos (hidrocarburos, minería, agrario, FFAA, régimen electoral, entre otros.”

La introducción del proyecto apela a la necesaria búsqueda de una reformulación conceptual del marco garantista de derechos que, bastante coincidente con la propuesta aprobada en Montecristi, hoy en vigencia, postula:

(...) compartir esta visión urgente y posible –desde los derechos indígenas– con los bolivianos y bolivianas honestos y de buena fe, para que ese ineludible y urgente nuevo pacto social, vuelva a tejerse con los hilos culturales y sociales existentes, que reflejen verazmente la sociedad boliviana, articulando derechos individuales con derechos colectivos; derechos políticos y territoriales de las mayorías indígenas y originarias con el derecho a la soberanía y la autodeterminación nacional; principios indígenas con principios republicanos.

El proyecto de constitución fue presentado a la Asamblea Constituyente boliviana por las organizaciones representativas de las tierras bajas del oriente boliviano y algunos artículos, enfoques y propuestas, hoy forman parte del texto oficial aprobado por el órgano constituyente y fueron incorporados del documento en referencia.

Bajo estas consideraciones, queda en evidencia que la construcción de propuestas de reorganización constitucional de la institucionalidad boliviana, como sería luego en Ecuador, se nutre de elementos sustanciales de la doctrina europea del neo constitucionalismo, pero, a la vez, desarrolla valores, instituciones, enfoques y normativas que recogen y recrean las particularidades geográficas, multiculturales y la riquísima diversidad socio-ambiental de Bolivia y Ecuador; constituyendo, estos dos procesos de transformación institucional, profunda, pacífica y en democracia, sin lugar a dudas, otra de las claves del cambio institucional regional, promovidas por un nuevo pensamiento constitucionalista crítico, emancipatorio de raigambre y matriz pluricultural y latinoamericano.

A continuación, comparto algunas ideas generales que elaboré en pleno proceso constituyente ecuatoriano, en calidad de coordinador de un grupo de abogados y abogadas que impulsamos nuevos criterios jurídicos constitucionales, en el marco de un casi nulo e incipiente debate consti-

tucional en el país. Entre otros artículos, comparto un texto elaborado el mes de octubre del 2006. Debo destacar que este artículo, como muchos otros, recibió la desidia del establecimiento, más interesado en radicalizar un discurso ideológico antes que propiciar un verdadero debate jurídico constitucional⁷; estas opiniones nunca vieron la luz del día en los medios locales de comunicación y merecieron el más gélido de los silencios.

La Asamblea Nacional Constituyente (ANC)⁸

Naturaleza y desafíos

El constitucionalismo reconoce dos grandes tipos de manifestación constituyente, la monárquica y la democrática popular. Respecto de esta última ha tenido diversos titulares, sin embargo, ha sido el pueblo el que se ha constituido como el soberano por antonomasia.

La transformación constitucional de 1998, eliminó a través de discusiones técnico-jurídicas sofisticadas, la posibilidad de convocar al poder constituyente originario, con la grave consecuencia de haber prescindido indefinidamente de esta posibilidad.

La Constituyente es un mecanismo de participación que expresa directamente la voluntad popular, por lo que carece de límites procedimentales de carácter normativo. La ANC, como manifestación de una decisión política, no puede ser eliminada y suprimida por la normativa resultante de la acción legislativa, como indebidamente hizo la mayoría de 1998.

Hoy, el pueblo ecuatoriano, luego de una década, ha expresado, una vez más, de manera contundente, su voluntad de recuperar la soberanía y reasumir sus poderes constituyentes. Así las cosas, el pueblo, en su condi-

7 Un ejemplo de esta política invisibilizadora de los medios es el artículo escrito por la Dra. Gina Chávez Vallejo quien, como miembro del CADE, remitió al diario El Comercio la nota adjunta en el anexo, con el propósito de confrontar algunos editoriales escritos por el Dr. Fabián Corral, pero que, lamentablemente, nunca fue publicado.

8 Este documento fue elaborado por Patricio Pazmiño Freire, como miembro del Colectivo de Abogados Defensores de Derechos (CADE). Quito, Octubre, 2006.

ción de único titular de la soberanía, debe poder expresar en las urnas su deseo inequívoco de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente de plenos poderes.

Algunas consideraciones adicionales.

La ANC de 1998 desarrolló y actualizó el cuerpo doctrinario de la Constitución Política en dos dimensiones básicas: una en el campo de la economía, para adecuar las instituciones y sistemas de funcionamiento gubernamental al modelo neoliberal de libre comercio y economía de mercado y, otra, en el reconocimiento de derechos fundamentales y garantías constitucionales, como resultado del intenso proceso de movilización social y presión pública de la década de los noventa: levantamientos indígenas y movilización social que se tradujeron en los derechos colectivos de pueblos indígenas, derechos de mujeres, niños, derechos ambientales, derechos del consumidor, consulta y participación, etc. Estas conquistas obtuvieron estatus constitucional (Capítulo V Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo).

Sin embargo, la ANC del 98 no logró un desarrollo armónico de la parte orgánica de los derechos fundamentales (creación de instituciones, definición de mecanismos, ámbitos y responsabilidades claramente delineadas), restringiéndose, entonces, al ámbito eminentemente declarativo de los derechos, y dejando, así, un campo limitado de posibilidades de utilización o interpretación práctica de los mismos, en manos de operadores de justicia claramente politizados, o funcionarios públicos sujetos al escrutinio y presión de la clase política, expresada en las mayorías parlamentarias de turno.

El rediseño de la reforma política y el cambio institucional quedó ausente en la ANC del 98 y, por el contrario, se institucionalizó la subordinación y hegemonía del Congreso sobre las funciones primarias de control (Tribunal Constitucional, Contraloría, Procuraduría, Ministerio Fiscal, Defensoría del Pueblo, Superintendencias), así como sobre la Corte Suprema y el Tribunal Supremo Electoral.

Este control político partidista férreo sobre las instancias llamadas a verificar el cumplimiento de la Constitución, la ley y los Tratados Internacionales, implicó una sustitución de prioridades, donde la preeminencia de la garantía del bien común y el derecho de las gentes, se ha constituido en un fin subsidiario ante el privilegio y supremacía que tienen la presión de los intereses políticos y económicos.⁹

Los mecanismos democráticos de resolución de los conflictos en las instancias judiciales, han sido, hasta tal punto, subordinados a las esferas de poder que hoy nadie desconoce que existe una cultura institucional generalizada de la impunidad, no solo para los delitos de cuello blanco sino para cualquier ilícito o contencioso donde se puedan afectar intereses poderosos.

El Estado de derecho y el principio de legalidad son atributos exclusivos a los que apelan quienes tienen vínculos con las esferas de poder político o económico y siempre resultan beneficiarios del modelo en vigencia.

Magistrados que liberan de responsabilidades penales a Mahuad y su entorno, millonarios cohechos, denuncias diarias sobre ilícitos que nunca se sancionan. Diputados cesados que se postulan a una nueva elección, diputados calificados como el peor de los Congresos en la historia de la República que, bajo la fórmula inconstitucional de asignación de escaños se cobijarán en las listas en plancha para regresar a los “curules”, etc.

Los cambios que introdujeron en la ANC del 98 fueron a la medida de las aspiraciones de la mayoría de entonces, y de ahora: cambios jurídicamente delineados, técnicamente elaborados, para que todo siga igual o peor. Es esta realidad la que ha quedado deslegitimada y que tiene que ser revertida y superada.

⁹ Uno de los ejemplos más significativos los tenemos en la designación y composición de los miembros del Tribunal Constitucional (TC); organismo de fundamental importancia para el desarrollo y consolidación del Estado de Derecho, quienes, antes de emitir sus fallos en base a los méritos doctrinarios y constitucionales, lo hacen al calor de la mayor o menor presión política que emane del Congreso. Similar y más lamentable situación de subordinación la expresa el Tribunal Supremo Electoral.

Falso dilema: Constitucionalidad vs. Inconstitucionalidad de la convocatoria a la ANC

Si nos tomamos en serio los postulados del constitucionalismo democrático, surgido en Francia con la Revolución francesa, la ANC, en tanto expresión de la decisión política originaria del pueblo está más allá de la Constitución, con independencia de su consagración formal o no en el ordenamiento. En el caso de la Constitución de 1998, una posibilidad de ANC fue excluida por los partidos de la mayoría. Es por ello que la ANC se desarrolla como una necesidad social generalmente consentida cuando el pacto social consta en normas positivas, o si las reglas del juego sustantivas del Estado, han demostrado ser ineficaces. El Poder Constituyente también se activa y concreta cuando la crisis política y social es sistemática, es decir cuando se pone en cuestión la continuidad del Estado. En el caso ecuatoriano actual nadie puede discutir, legítimamente, que ésta es la realidad existente en el país desde 1996.

Es por ello que el mecanismo de reforma constitucional aprobado por la mayoría del 98, esto es, a través de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, se ha transformado en un sofisma sin operatividad real que ha impedido, en la práctica, cualquier intento transformador del texto constitucional.

No hay que olvidar que los sectores políticos que hoy denuncian la inconstitucionalidad de la ANC, fueron y continúan siendo los forjadores de los más grandes actos de inconstitucionalidad: la dolarización, aprobación del Convenio para la Base de Manta; aprobación del sistema de repartición de escaños; la designación y remoción de miembros del Tribunal Electoral según su conveniencia; designación del Defensor del Pueblo en contra de claras disposiciones constitucionales; el desconocimiento de la sucesión presidencial de Rosalía Arteaga, usando como único argumento el uso y abuso del principio mayoritario.

Según dicen los defensores de la tradición democrática ecuatoriana en el país no hay crisis de valores y la institucionalidad funciona, esto solo es factible en función de que los ecuatorianos olvidamos pronto.

Por tal motivo, lo que nos jugamos en esta coyuntura no es una postura académica más o menos progresista sobre la inconstitucionalidad de

la convocatoria a una nueva Constituyente, lo que en verdad se discute es la supremacía en el plano político de una visión de la sociedad frente a otra, por un lado, aquellos para quienes la Constitución ha servido a sus intereses particulares y, por otro, un amplio sector social, proveniente de las masas populares generalmente excluidas que, a pesar de haber sido el protagonista de las revueltas populares, no se han visto reconocidas ni satisfechas en sus principales demandas.

Esto implica que, aunque existe la facultad presidencial de convocar una consulta popular para decidir cuestiones de trascendental importancia, como es una reforma de la Constitución, no se trata precisamente de hacer una reforma, sino de hacer uso y ejercicio de la soberanía popular que la propia constitución reconoce en el artículo 1. La gran mayoría del país pide la activación de un proceso constituyente para que, sobre la base de un nuevo pacto social, se establezcan los parámetros de un nuevo Estado incluyente y verdaderamente democrático y al servicio de aquellos sectores más excluidos y empobrecidos de la patria. En ese contexto la abstracta discusión sobre la juridicidad de la ANC pierde totalmente sentido y vigencia.

Sobre principios y operatividad de la ANC

Acorde a las tendencias actuales del constitucionalismo democrático y popular, un proceso constituyente no puede repetir los errores sobre los cuales se construyó el del 98, esto es, con una práctica impositiva vertical, ajena a toda crítica, no participativa, alejada de la voluntad popular.

El proceso hacia la ANC y la construcción de sus mecanismos operativos, así como sus contenidos será de amplia exposición al público y de activa participación de los sujetos sociales, sin exclusiones, abierto, asambleario, donde tendrán cabida, democráticamente, incluso quienes, hoy por hoy, se oponen a este proceso re-fundacional del Estado y sus instituciones.

El nuevo Presidente del Ecuador, en virtud del triunfo electoral que le otorgue el pueblo ecuatoriano, al respaldar su propuesta de convocatoria a la ANC, queda habilitado políticamente para dictar el decreto de convocatoria a Consulta Popular con el respectivo estatuto que defina la Co-

misión Preparatoria de la ANC, la forma de elegir o designar a sus miembros, sus atribuciones, controles y todo lo que fuere necesario para garantizar su funcionamiento.

Reconocido oficialmente el triunfo del candidato presidencial y previamente a su investidura en el mes de enero, a partir del 16 de octubre, convocará a un espacio de debate nacional público sobre la propuesta de pregunta y estatuto para que sean debatidos y enriquecidos, a nivel nacional, invitando a la concertación política de las distintas fuerzas comprometidas con el cambio, para recoger los principales aportes de los actores sociales y políticos.

Concluido este proceso de participación democrática y debate nacional, con el estatuto y la pregunta, ampliamente debatidos y enriquecidos, se los someterá a Consulta Popular.

Los mecanismos de operación de la ANC van a influir directamente en sus resultados para evitar que se convierta en una nueva frustración para el país en orden de asegurar que se aporte las soluciones sustanciales para superar los momentos de crisis y conflictividad que ha vivido el Ecuador esta última década.

La pregunta que se debe formular al pueblo debería ser a través de un decreto presidencial, sobre la base del artículo 104, numeral 2 de la Constitución Política¹⁰, para que el TSE convoque, de manera directa, a Consulta Popular, y el texto podría ser el siguiente:

Con el propósito de desarrollar y fortalecer la democracia participativa, aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Nacional Constituyente con plenos poderes, con representación de las fuerzas sociales y políticas, integrada democrática y popularmente que elabore y apruebe una nueva Constitución Política de la República, de conformidad con el siguiente estatuto electoral: Texto del estatuto.....

¹⁰ Art. 104 numeral 2: "el Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos: Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas a las previstas en el numeral anterior."

Reflexiones sobre el contenido de la pregunta

Al asumir el concepto de “democracia participativa” se orienta para que la reformulación constitucional introduzca y desarrolle las instituciones más avanzadas de la democracia participativa: la consulta popular en el nivel local, las elecciones primarias para la selección de candidatos a posiciones ejecutivas, el plebiscito, el referéndum, la revocatoria del mandato de dignidades de elección popular, incluido el ejecutivo, la iniciativa popular, las veedurías y el control social al poder público, para incrementar la participación del pueblo en la toma de decisiones de la *cosa pública*. Se establece una clara independencia de la ANC respecto de la clase política tradicional como exponente de la democracia representativa.

Es “Asamblea Nacional Constituyente” con plenos poderes y soberana, donde no existen órgano o función por sobre ella o que limite sus atribuciones, esto es que no se limitará a una reforma de la constitución, únicamente, sino que adoptará decisiones que se ajusten al propósito de constitución de un nuevo Estado.

Al referir que será “integrada democrática y popularmente” se refiere a que se respetará el derecho de participación de las minorías y de las fuerzas políticas no tradicionales del país y que no habrá representación funcional o corporativa; única excepción es la representación de los migrantes, por sus condiciones particulares, y todos serán elegidos por la vía del sufragio popular y universal.

Sobre la propuesta de Estatuto Electoral para la ANC

La propuesta deberá ser sometida al más amplio debate nacional, previo a su incorporación en la Consulta.

Uno de los primeros artículos del Estatuto y que es de capital importancia será la facultad que se otorga al Presidente, a través de la consulta, para designar la Comisión Preparatoria de la ANC. Este máximo organismo será el responsable de implementar, desarrollar y armonizar los contenidos del estatuto para garantizar el desarrollo de la ANC.”

Hasta aquí el documento que se distribuyó por vía electrónica a distintas publicaciones, revistas y medios de comunicación y que no mereció ninguna referencia, controversia o replica; consagrándose a esa fecha un escenario de debate vacío de contenidos, altamente ideologizado, claramente discriminatorio y en desventaja para quienes sosteníamos posiciones discordantes con las líneas editoriales de los medios de comunicación.

Finalmente, se reproduce el reporte final de la consultoría contratada por INTERMON OXFAM, sede Ecuador, que desarrolló, de manera temprana en el país, una reflexión constitucional, jurídica y política, relacionada con el entramado del proceso constituyente que se aprestaba a vivir la República. El texto ensaya conceptos y definiciones doctrinarias que, posteriormente, harían parte central del debate nacional, antes, en y, aun, después de Montecristi.

“Cambio Constitucional y Poder Constituyente en Ecuador”¹¹

El presente trabajo aborda un tema de inmensa actualidad nacional y regional. Nos referimos al análisis de las posibilidades, límites y desafíos de un cambio constitucional profundo, a través del mecanismo democrático de convocar una Asamblea Constituyente, luego de un largo período de exposición de nuestro país a los dictámenes del recetario teórico, económico y político neoliberal, gestado en el denominado “Consenso de Washington”.

Para entender las rutas coincidentes que han encontrado países como Bolivia, Venezuela y ahora Ecuador, alrededor de la propuesta de activación del poder constituyente, se hace necesario destacar que, en al menos estas dos últimas décadas, las demandas ciudadanas de más democracia, soberanía, desarrollo y equidad, han sido parte del anhelo represado de nuestros pueblos, y que no han tenido la adecuada ni oportuna atención de las élites políticas y económicas que han gobernando nuestros países.

¹¹ El texto es el producto final de una consultoría realizada por el autor y el constitucionalista Juan Montana, en abril del 2007. Los derechos de reproducción y publicación corresponden a INTERMÓN OXFAM, y se publica con su consentimiento expreso.

Estas cofradías del poder, en su gran mayoría, han hecho uso, muchas veces doloso, de la representación democrática que ha entregado el ciudadano común a sus dirigentes y han olvidado las ofertas y compromisos de campaña electoral, apenas a pocas horas de hacerse con el poder, luego de los procesos electorales.

En este contexto, el caso de Ecuador y el proceso constituyente que se ha activado, se presenta como un ejercicio legítimo de búsqueda pacífica del cambio profundo, donde el rol que han jugado actores sociales de fuerte presencia, como los pueblos indígenas y las movilizaciones multitudinarias de ciudadanos urbanos, han arrinconado a los poderes fácticos.

El potente despertar de ese poder ciudadano que busca cauces propios para la transformación, sin responder necesariamente a un proceso de dirección orgánico político, único, como contemplan los manuales de la revuelta social, se expresó de manera sustantiva en el último proceso electoral, que concluyó con el triunfo de Alianza País bajo el liderazgo del presidente Rafael Correa.

Esta experiencia resume más de una década de reiteradas frustraciones que, sin embargo de ser tales, no pudieron subordinar a la esperanza que subyacía inalterable y alimentada incansablemente por el fervor cívico por el cambio profundo, cuya máxima expresión callejera se expresó en el “que se vayan todos”, y que hoy se concretó en la activación del poder constituyente para reformular integralmente las reglas del juego democrático, establecido por la mayoría que condujo la Asamblea Constituyente de 1998.

En ese contexto, el presente documento hace un análisis general del proceso constituyente desde dos puntos de vista: teórico y político. En el plano teórico, el texto hace una reflexión doctrinaria para situar dogmáticamente el debate sobre los conceptos de poder constituyente, Asamblea Constituyente y Asamblea Constitucional.

En el plano político, a su vez, el documento está estructurado sobre dos pilares: en primera instancia incluye, por supuesto, un juicio crítico de la Constitución vigente aprobada en Sangolquí, sus logros y debilidades y se delinean algunas perspectivas que podrían ser parte de la agenda constituyente y, en segundo término, explora los contenidos de la convocatoria a la Consulta y el Estatuto, así como los conflictos desatados alre-

dedor del proceso político que llevó a la convocatoria y realización de la consulta popular que, finalmente, ha desatado el proceso constituyente.

Ahora bien, por la propia naturaleza pedagógica del trabajo, éste no incorpora detalladamente un juicio del proceso político de las últimas semanas y, particularmente, deja de lado la descripción del enfrentamiento intra-institucional que ha vivido el Ecuador desde enero hasta hoy, el cual, por fortuna, parece haberse decidido a favor de las fuerzas progresistas mediante el pronunciamiento inequívoco del pueblo ecuatoriano quien, por abrumadora mayoría, se pronunció a favor del sí en la consulta popular del pasado 15 de abril.

Parte Teórico Constitucional

¿Qué es la Constitución?

Existen múltiples definiciones del concepto de Constitución, cuya funcionalidad depende de los criterios de distinción que les sirvan de referencia. Aún así, el concepto de Constitución tiene claros límites temporales y materiales. (Ramírez Cleves, 2005)

Desde un punto de vista temporal, la palabra Constitución y el fenómeno constitucional tienen un origen moderno. En ese sentido, si bien desde la antigüedad han existido formas de organización del poder y la sociedad (Mellwain, 1991), el vocablo Constitución, como sinónimo de instrumento de racionalización y limitación del poder, únicamente se desarrolla a partir del triunfo de las revoluciones Americana y Francesa (García Pelayo, 1987: 41-45), de tal suerte que solo desde finales del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX aparece claramente una definición de Constitución tal cual la conocemos hoy.

Desde un punto de vista material, el término Constitución, no tiene una única definición, sino que existe multiplicidad de significados (Bobbio y Matteucci, 1994). Para efectos de este escrito, conviene distinguir, únicamente, los cinco más importantes: a) En una primera acepción, la Constitución es sinónimo de “conjunto de normas jurídicas fundamentales que identifican y caracterizan todo ordenamiento; b) En una segunda

acepción, la palabra Constitución representa, simplemente, la suma de los factores reales de poder; c) en un tercer significado, la palabra Constitución denota solo el ordenamiento jurídico de tipo estrictamente liberal; d) En un cuarto significado, también conocido como “sentido positivo” de Constitución, corresponde a “la decisión política del titular del poder constituyente” (Schmitt, 1986) y finalmente, e) Un quinto significado, según el cual el término “Constitución” se identifica con aquel particular texto normativo que posee unas características formales básicas (Guastini, 2008);

Veamos cada una de ellas:

La Constitución como conjunto de normas o leyes Fundamentales:

En el campo de la teoría del derecho, la palabra Constitución es usada para significar aquel conjunto de normas “fundamentales” que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico (Biscaretti di Ruffia, 1986).

La determinación de cuáles normas son fundamentales, o dicho en otras palabras, “estrictamente constitucionales” (Schmitt, 1986) es una cuestión debatida. Sin entrar a la discusión, sin embargo, se puede decir, en términos generales, que pueden ser consideradas fundamentales y, por lo tanto, hacen parte de la Constitución las siguientes: a) aquellas que organizan el Estado y el ejercicio del poder estatal; b) las que determinan la forma de gobierno; y c) las que establecen los mecanismos de producción de las normas.

Es obvio que, desde esta perspectiva, cualquier Estado o comunidad política tiene necesariamente una Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o puede tratarse de un conjunto de normas escritas o consuetudinarias, pero en cualquier caso, desde este punto de vista, todos los Estados tienen una Constitución.

La Constitución como Código de la materia Constitucional:

En el lenguaje común, la palabra Constitución es usada para designar un libro, un texto normativo, que contiene las reglas que ordenan una determinada sociedad. En esta acepción la Constitución es una suerte de “Código” de la materia constitucional.

El texto constitucional, allí donde existe, es un texto normativo, pero que tiene características particulares que lo diferencian del resto de las normas de un ordenamiento. Los principales rasgos diferenciadores de la Constitución son los siguientes:

- a) En primer lugar, la Constitución se distingue del resto de las normas por su nombre, el cual alude intencionalmente al origen y al principio de una sociedad y un Estado, de tal suerte que, en este sentido, la constitución es la norma que “constituye”, origina, compone, establece y organiza una sociedad y un Estado.
- b) En segundo término, la Constitución se diferencia de las otras normas por su contenido. La Constitución, por defecto, contiene reglas materialmente constitucionales, es decir, aquellas que confieren derechos a los ciudadanos y aquellas que confieren poderes, facultades y competencias a los órganos del Estado.
- c) En tercer lugar, la Constitución se distingue de las otras reglas jurídicas del Estado por los destinatarios a quienes va dirigida. En efecto, la gran mayoría de las normas constitucionales se refieren a órganos constitucionales, que deben regir su actuación de acuerdo con lo determinado en la Constitución
- d) La Constitución, además, se distingue de otras normas en virtud del procedimiento de formación, que es distinto al de todas las demás reglas jurídicas de un país. La mayoría de las Constituciones son el resultado de la voluntad política soberana del poder constituyente, o de la labor de una Asamblea Constituyente, o bien de una Asamblea proyectista (Carpizo, 2005: 214-215)¹². Por el contrario, el resto de las normas jurídicas de un país derivan su existencia (vigencia) y eficacia

¹² Hay que distinguir entre Poder Constituyente, Asamblea Constituyente y Asamblea Proyectista. El Poder Constituyente en la época actual, es sinónimo de Pueblo y soberanía, es decir, es el pueblo que decide autónomamente el orden jurídico que se da a sí mismo. La Asamblea Constituyente es el organismo especial designado por el Pueblo con el objetivo específico de crear o reconstituir el marco institucional del Estado y redactar una nueva Constitución. Finalmente, la Asamblea proyectista es aquella electa por el pueblo para que redacte un proyecto de Constitución, el cual deberá ser sometido después a la aprobación del propio pueblo a través de un referéndum. Sobre el particular Ver: Carpizo J., “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”.

(aplicabilidad) del seguimiento exhaustivo de un procedimiento jurídico establecido en una norma superior.

- e) Finalmente, la Constitución se distingue del resto del ordenamiento en virtud de su posición en relación con las demás normas. En efecto, la Constitución tiene reconocido, para sí, un lugar preeminente, una primacía, sobre el resto de las normas, las cuales deben “obedecer” y seguir los lineamientos de la Constitución

La Constitución como suma de los factores reales de poder

Desde una perspectiva sociológica, la Constitución no es más que la suma de los “factores reales de poder”. Según Ferdinand Lasalle, el teórico socialista alemán que desarrolló esta conocida definición de Constitución (Lasalle, 1975: 63), la verdadera Constitución de un país no es la escrita, sino que es el resultado de la interacción entre los distintos poderes fácticos que definen la vida social y política de un país.

En tiempos de Lasalle, en Prusia, los poderes fácticos, que él llamaba “factores reales de poder” eran el Emperador, la aristocracia rural, la gran y pequeña burguesía urbana y la banca pues eran quienes, en la Alemania de mediados del siglo XIX, incidían directamente en la definición de las normas sociales y jurídicas que configuraban la sociedad de la época¹³. Ahora bien, en cada tiempo y en cada sociedad, los factores reales de poder varían, pero su comportamiento siempre es el mismo: existe una permanente lucha por definir cuál es el poder que determina la estructura y el funcionamiento de la sociedad.

En ese sentido, si en un país cualquiera se deja a un lado los factores reales de poder y se circunscribe a la discusión constitucional, a cuestiones jurídico-formales, la Constitución de ese país terminará siendo una simple “hoja de papel”. Para Lasalle para que una Constitución escrita no termine convertida en una “hoja de papel” y se mantenga como “Constitución real”, debe ser el fiel reflejo de las interacciones mutuas de los poderes fácticos de su tiempo y de su espacio.

13 El objetivo buscado con la publicación del libro era precisamente concienciar a la población y, concretamente, a la clase obrera alemana para que se convirtiera en un “factor real de poder”.

Y es por ello que, desde una óptica sociológica, los conflictos constitucionales no son jurídico-normativos sino que son, en esencia, la manifestación de enfrentamientos políticos, es decir, conflictos de poder.

La Constitución como expresión normativa de la voluntad soberana del poder Constituyente

La tesis según la cual la Constitución no es otra cosa que la expresión normativa de la voluntad soberana del pueblo, como titular de la soberanía, es el resultado de las investigaciones del jurista alemán de principios del siglo XX, Carl Schmitt.

En efecto, en su obra Teoría de la Constitución, Carl Schmitt, discute ampliamente las tesis que ven el fenómeno de la Constitución exclusivamente desde el plano interno normativo y positivista de la Constitución entonces en boga¹⁴.

Para este autor la Constitución no puede ser solo norma, pues expresa la decisión política fundamental de la comunidad de organizarse como Estado y de instituir el poder y el derecho, y eso no es una norma sino un acto político. En ese sentido, la carta fundamental se convierte en sinónimo de acto de creación del Estado que unifica y homogeniza el poder (Ramírez Cleves, 2005: 130), es decir, es la expresión normativa de la decisión básica de la comunidad política de configurarse como Estado (García Pelayo, 1987: 46).

Para Schmitt, entonces, las cartas constitucionales contienen dos tipos de normas: a) normas constitucionales propiamente dichas, que son las normas que se refieren a la decisión fundamental que le da base y unidad al Estado, y b) leyes constitucionales o constitución formal que son reglas que, si bien están en el texto constitucional, no hacen referencia a estos aspectos básicos.

En conclusión, la Constitución, en sentido positivo o material, es aquella que expresa claramente la voluntad popular de establecer el Estado de determinada manera.

14 Las críticas de Schmitt se dirigen esencialmente a la teoría normativa de la Constitución defendida por Hans Kelsen y los positivistas, según la cual, la Constitución es un mero conjunto de normas, que se distingue del resto del ordenamiento por contar con mecanismos agravados de reforma, que el resto de las normas no tienen.

La Constitución como límite al poder político:

Finalmente, la más conocida de las definiciones de Constitución es aquella según la cual ésta es sinónimo de limitación del poder. Para los autores que defienden esta teoría liberal de Constitución, ésta es el instrumento mediante el cual se garantiza la libertad de los ciudadanos a través de un complejo mecanismo de limitación del poder, construido a partir de la puesta en marcha de ciertas técnicas de división del poder en distintas instancias (Tarello, 1976: 22).

Esta es la definición clásica de Constitución definida por el Artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789, según la cual, “una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”.

Como se puede ver, en este contexto, la palabra Constitución es concebida como límite al poder político y representa únicamente el texto normativo que establece y organiza el Estado liberal donde hay división de poderes y reconocimiento de derechos de los ciudadanos.

De esta manera, la conclusión es obvia, desde esta óptica, si bien existen múltiples formas de Estado, no todo Estado está provisto de Constitución. Solo los Estados liberales, es decir, aquellos donde están debidamente garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y donde los poderes del Estado están divididos y separados, son Estados realmente Constitucionales¹⁵.

Conclusión:

Llegados a este punto, podemos intentar una definición propia del término “Constitución” que recoja y ordene los distintos elementos aportados por las diferentes enunciaciones mencionadas. Podemos decir, entonces, que la Constitución es aquella norma, generalmente escrita, que materia-

¹⁵ En ese sentido, los Estados Autoritarios y despóticos, a pesar de que tengan en su ordenamiento jurídico normas fundamentales, no son Estados constitucionales y no tienen Constitución, porque en ellos no hay estricta separación y limitación de poderes y tampoco están garantizados, en debida forma, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

liza la decisión política del pueblo de organizar una comunidad política y que sirve para limitar y racionalizar el uso del poder por parte de sus factores reales, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos por parte de los ciudadanos.

Pero también, de una manera más simple, podemos decir que una Constitución es un texto normativo que regula las competencias del Estado y sus órganos, así como los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos.

Estructura de la Constitución

La estructura de las Constituciones contemporáneas se corresponde plenamente con la definición que acabamos de elaborar. En efecto, todas las Constituciones democráticas del mundo están diseñadas de tal modo que contienen los dos elementos que caracterizan a la Constitución, desde la formulación del artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre de 1789, antes citada.

En ese sentido, toda Constitución, que se precie de serlo, está dividida en dos partes: una primera, conocida como parte teórica o dogmática de la Constitución, desarrolla exhaustivamente los derechos y garantías de los ciudadanos frente al Estado; y una segunda, que se conoce técnicamente como parte orgánica de la Constitución, que establece toda estructura y organización de los poderes públicos del Estado.

Parte dogmática de la Constitución

En cuanto a la parte dogmática o teórica es necesario decir que es aquella donde se consagran y desarrollan los principios que indican y recogen los valores imperantes en la sociedad que la promulga, así como los derechos y las garantías de los ciudadanos reconocidos por la Constitución, técnicamente llamados derechos fundamentales.

Ahora bien, abordar de forma correcta el estudio de estos derechos implica, hacer referencia, así sea brevemente, a algunos problemas teóricos sin cuya dilucidación es muy difícil comprender el rol de los derechos

en la estructura del Estado de derecho contemporáneo: a) el primer tema importante es el origen y fundamento mismo de los derechos; b) el segundo problema es el de la clasificación de los mismos; y, c) la última cuestión es la de la eficacia de los derechos

Origen y fundamento de los derechos fundamentales

Como se sabe, el origen histórico remoto de los derechos fundamentales se encuentra en corrientes filosóficas que, como el Estoicismo y el Cristianismo, sitúan al individuo como eje del deber moral (Pérez Tremps, 2004: 12), y propugnan la igualdad de los seres humanos. Ya en la modernidad, esto es, a partir de los siglos XVI y XVII, se desarrollan las doctrinas iusnaturalistas y, con ellas, el florecimiento de los planteamientos contractualistas¹⁶ sobre la existencia de “derechos naturales”, previos a la aparición del Estado.

Sin embargo, los derechos fundamentales, propiamente dichos, solo nacieron con el triunfo de las revoluciones liberales del siglo XVIII pues solo cuando los viejos derechos naturales se constitucionalizan, surgen los primeros derechos fundamentales.

Y es precisamente ese desarrollo histórico particular el que explica por qué aun hoy¹⁷ existen confusiones y las menciones indistintas a derechos humanos, derechos fundamentales y derechos y garantías, pues demuestra que, pasados más de tres siglos desde que apareció el concepto, todavía hoy no ha sido posible eliminar del todo los rezagos del pasado iusnaturalista de la teoría general los derechos humanos.

Pese a ello, en realidad, no hay confusión posible entre derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales. Si bien los derechos humanos tienen, evidentemente, un origen iusnaturalista, vinculado a la

¹⁶ Recordemos que los principales contractualistas son Thomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau.

¹⁷ Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana actual, donde se utiliza indistintamente los términos. Así, mientras el Artículo 3,2 habla de que uno de los deberes primordiales del Estado es “Asegurar la Vigencia de los derechos Humanos”, el título III habla de los Derechos, Garantías y Deberes.

noción de derechos naturales, su generalización en ámbitos culturales diversos y en especial su conversión en normas jurídicas¹⁸, ha permitido que, poco a poco, los derechos se alejen de su origen histórico para convertirse en valores compartidos por un gran porcentaje de la humanidad; valores que, al normativizarse en una Constitución, dejan de tener relación con el ámbito ideológico en el que nacieron para convertirse en normas constitucionales plenamente eficaces.

Clasificación de los derechos.

En relación con la clasificación de los derechos fundamentales también existe una variedad de posibilidades según se asuman unos u otros criterios de ordenación. Las dos clasificaciones más conocidas son: a) la que los ordena por su contenido, también llamada sustantiva; y, b) la que los ordena por la naturaleza de las facultades que atribuye.

Por su contenido

Por su contenido, los derechos fundamentales se pueden dividir en a) derechos civiles, b) derechos políticos, c) derechos económicos, sociales y culturales y d) derechos colectivos.

Mientras los derechos civiles son concebidos con aquella garantía básica e inicial de las personas que les permite abandonar su condición de súbditos, para contar con un ámbito de libertad totalmente inmune al poder del Estado; los derechos políticos y de participación atribuyen a los ciudadanos la facultad de hacer parte y participar en la toma de las decisiones colectivas.

Ahora bien, el paso, a comienzos del siglo XX, del Estado de derecho al Estado social de derecho, implicó una transformación radical del catálogo de derechos fundamentales. Efectivamente, a partir de la década de

¹⁸ Para muchos autores los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos constitucionalizados.

los años 20, y como consecuencia del avance de la clase obrera a nivel mundial, las Constituciones de la posguerra comenzaron a reconocer ciertos derechos sociales y económicos, que tienen como finalidad garantizar un mejoramiento de las condiciones de igualdad real entre los distintos ciudadanos. Los principales derechos económicos y sociales reconocidos en esta época fueron los derechos laborales y de huelga, el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a la vivienda digna.

Finalmente, en los últimos años, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, se han venido reconociendo tímidamente algunos derechos colectivos como los derechos al medio ambiente sano y los derechos étnicos, derechos que han sido puntualmente recogidos en las más recientes constituciones, especialmente de América Latina, como es el caso de las constituciones ecuatoriana de 1998 y venezolana de 1999.

Debido a que el reconocimiento de estos diversos tipos de derechos se ha producido en momentos históricos diferentes, la literatura jurídica ha clasificado estos derechos “por generaciones”. La primera generación de los derechos que corresponde a la visión del mundo liberal individualista propia del siglo XIX, corresponde a los derechos civiles y políticos. La segunda generación de los derechos equivale a la época de las grandes revoluciones socialistas de comienzos del siglo XX y se refiere, por supuesto, al reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales. Por su parte, la tercera y la cuarta generación de los derechos surge como consecuencia de la crisis del modelo industrial fordista y corresponde a una revisión crítica de los fundamentos individualistas de la sociedad que han estado en boga desde las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

Por su Naturaleza

Una segunda clasificación de los derechos no los analiza desde el plano externo por su contenido o su devenir histórico sino que, tomando como base la estructura interna de los mismos, se ocupa de su naturaleza.

Desde este punto de vista interno, tradicionalmente se distinguen dos tipos de derechos: a) los derechos de libertad y, b) los llamados derechos de prestación.

Los derechos de libertad se caracterizan porque implican e imponen básicamente una actitud de abstención por parte del poder público y de los particulares que no son los titulares del derecho.

Los derechos prestacionales o de prestación, por el contrario, implican una actitud activa por parte del poder público quien debe llevar a cabo acciones positivas para garantizar su eficacia. Así, por ejemplo, el derecho a la salud implica una erogación presupuestal para garantizar la existencia de centros de salud y hospitales, y el derecho a la educación exige la existencia de escuelas, colegios y universidades financiadas por el Estado.

La eficacia de los derechos

El principal problema que plantea la actual teoría de los derechos fundamentales es la cuestión de la eficacia de los mismos. En general, uno de los principales avances del constitucionalismo del Estado social en relación con el constitucionalismo originario de comienzos del siglo XIX fue el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución en su conjunto.

Ahora bien, ese carácter normativo que se supone tienen las Constituciones contemporáneas, se ve especialmente discutido y problemático en materia de algunos de los derechos fundamentales.

Así las cosas, mientras algunos derechos fundamentales, especialmente aquellos vinculados al primer liberalismo, pueden ser considerados como normas en tanto son derechos subjetivos de eficacia directa, pues desde su origen cuentan con mecanismos procesales para garantizarla, los derechos prestacionales no tienen, en términos generales, el mismo tipo de instrumentos para garantizar su eficacia, razón por la cual algunos autores han llegado a negarles su carácter de normas de obligatorio cumplimiento y los han ubicado en el plano de los principios programáticos.

En ese sentido, uno de los grandes retos que han tenido desde la posguerra y que siguen teniendo las Constituciones contemporáneas es precisamente garantizar la eficacia plena de todos los derechos constitucionales y, en concreto, de los derechos prestacionales pues, justamente, una de las grandes falencias del constitucionalismo actual es el déficit de eficacia

real de muchos de los derechos que conforman la parte dogmática de la Constitución, falta que pone en entredicho el propio carácter normativo de la Constitución.

Ante este inconveniente, la solución encontrada por buena parte de los autores que se ocupan del tema ha sido relativizar el carácter normativo de ciertas partes de la Constitución y, concretamente, de algunos derechos prestacionales, los cuales, según estos autores, al no tener la estructura de derechos subjetivos, no son directamente exigibles a los poderes públicos y, por lo tanto, terminan siendo simples principios o elementos informadores del ordenamiento (Pérez Tremps, 2004: 30), sin una clara virtualidad práctica, más allá de constituirse en propuestas programáticas que eventualmente pueden ser ejecutadas por los gobiernos, si las condiciones políticas o presupuestales lo permiten.

La Parte Orgánica de la Constitución

Como se dijo más arriba, el segundo elemento estructural de una Constitución es la llamada “parte orgánica de la Constitución”. Esta sección, acorde con lo propuesto por el artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre de 1789, define la estructura del Estado y las interrelaciones entre los diferentes órganos del mismo. Específicamente, en la parte orgánica de las Constituciones se diseña la estructura y funcionamiento de los órganos básicos que ejercen los poderes públicos.

En los orígenes del constitucionalismo, cuando la Constitución no era más que un manifiesto programático sin entidad distinta a una ley ordinaria, la parte orgánica era considerada la más importante pues era la que definía la arquitectura del conjunto de poderes públicos. Por regla general, hasta bien entrado el siglo XX esta sección de la Constitución era una copia y, en algunos casos, un desarrollo de aquel diseño tripartito de división de poderes desarrollados por Montesquieu.

Para este autor francés, el ideal de gobierno es aquel moderado y limitado donde los poderes y las funciones del Estado están divididas. En su formulación originaria las funciones del Estado, consideradas como necesarias para la protección del ciudadano, eran fundamentalmente las de dar

las leyes, la de poner en práctica estas leyes en forma general y, de forma particular, hacerlas cumplir, y se promueve que su titularidad se encargue respectivamente al Parlamento o Congreso, al Gobierno y los Tribunales Jurisdiccionales con la finalidad de resolver conflictos y la administración del aparato de gobierno, funciones que durante el antiguo régimen eran monopolizadas por el rey.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, y a partir de las sucesivas transformaciones del Estado liberal que ha pasado de Estado de derecho, Estado social y Estado neoliberal, las funciones del Estado se han ido haciendo, cada vez, más complejas y han ido surgiendo nuevos órganos. Así, mientras duró el Estado liberal clásico original se mantuvo sin modificación alguna el esquema de Montesquieu. Con la irrupción del Estado de bienestar y con la generalización de los derechos civiles y políticos a todas las capas de la población la estructura del Estado, se fue modificando y afloró una cuarta función, la función electoral, encargada de velar por la eficacia del derecho al voto. Asimismo, surgieron algunos órganos de control que fiscalizaban las acciones de los poderes tradicionales quienes, de manera paulatina, fueron alcanzando autonomía.

Finalmente, con el advenimiento de los Estados neoliberales, en la década de los años 80, la estructura del Estado vuelve a sufrir otra transformación importante. Este es el caso de la constitucionalización de muchos órganos autónomos que se encargan de supervigilar y regular la gestión de algunos sectores estratégicos, que antes eran manejados por el ejecutivo directamente y que, hoy, han pasado a manos de los particulares como es el caso de la banca y las telecomunicaciones. Otra de las importantes transformaciones que ha sufrido la parte orgánica, en la mayoría de las Constituciones aprobadas en el mundo desde finales de los años 80, es el reconocimiento de la autonomía de los bancos centrales, instituciones que antes hacían parte del ejecutivo y que ahora son autónomas, lo cual ha significado la virtual pérdida del control de la política monetaria y financiera por parte la administración.

Ahora bien, la Constitución política ecuatoriana no es ajena a las transformaciones antes dichas. Así, por ejemplo, el artículo 118 de la actual constitución que enuncia cuáles son las instituciones del Estado, establece que, aparte de las tres ramas clásicas del poder público, (num.

1) hacen parte de la estructura del Estado: los organismos electorales (num. 2), los organismos de control y regulación¹⁹, los gobiernos seccionales (consejos seccionales, concejos municipales y juntas parroquiales), los organismos constitucionales autónomos que desarrollen actividades industriales y comerciales que antes desarrollaba el ejecutivo, y las personas jurídicas que presten servicios públicos.

Evidentemente, esta configuración constitucional supera, en mucho, el diseño clásico de la tri-división de poderes y consagra en el Ecuador el típico modelo de Estado neoliberal, basado en la disgregación y privatización de antiguas funciones del ejecutivo.

Aspecto Críticos de la Constitución de 1998:

¿Por qué se requiere una nueva Constitución en Ecuador?

La Constitución aprobada en la Asamblea de Sangolquí, como se la conoce, ha sido impugnada desde el momento de su promulgación desde distintos sectores sociales y actores políticos. Las principales razones de esta impugnación son dos:

- 1) En primera instancia, porque las actuales instituciones han facilitado y perpetuado el “secuestro” del Estado por parte de las elites dominantes y de sus partidos, y generado una situación de grave ingobernabilidad. Es necesario, por consiguiente, realizar una reforma política profunda que devuelva a la ciudadanía su rol central en la construcción de lo público a partir de la implementación de una verdadera democracia participativa y pluralista.²⁰
- 2) En segundo lugar, porque, después de 25 años de exposición de nuestro país a los férreos dictámenes teóricos, económicos y políticos del

¹⁹ En el caso ecuatoriano los organismos de control y regulación son la Contraloría general del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público (fiscalía general), las superintendencias y la Comisión de control de la corrupción.

²⁰ La característica esencial de la democracia participativa en contraposición con la tradicional democracia representativa es el énfasis que hace la primera en la transformación del ciudadano clásico en el protagonista activo del acontecer político y social del país.

llamado “Consenso de Washington”, se han hecho palpables las profundas limitaciones del modelo neoliberal para responder adecuadamente a las crecientes demandas ciudadanas de recuperación de la soberanía, democratización, desarrollo económico y equidad.²¹

La justificación de la reforma política profunda

En los últimos 25 años, el Ecuador ha vivido en una permanente contienda política y social. Conflicto que se expresa tanto en la profundización de las desigualdades sociales, como en la creciente falta de gobernabilidad e inestabilidad del país (Autores varios, 2005)²². Dejando a un lado el examen de las causas de la crisis, dicha inestabilidad ha facilitado la toma del Estado por parte del caudillismo y la partidocracia, lo cual, a su vez, ha producido una profunda crisis de legitimidad del régimen político que se manifiesta, en la actualidad, en la total pérdida de fe de la ciudadanía ecuatoriana respecto de las instituciones y los mandantes que le representan.

Ante esa situación, y como respuesta a la presión ejercida por las grandes movilizaciones indígenas y sociales, en 1997 el gobierno de entonces planteó como estrategia de solución a la crisis la Convocatoria a una Asamblea Constituyente. Sin embargo, la composición de la asamblea, dominada por los partidos tradicionales hizo que la Asamblea Constituyente se declarará con poderes limitados y concluyó con una Constitución que, en lugar de resolver problemas, los agravaba. En efecto, la ciudadanía fue manipulada para, con la disculpa de democratizar y

²¹ Como lo demuestran las investigaciones que, en los últimos años, se han hecho alrededor de la economía del desarrollo y economía institucional, solo a través de la existencia de instituciones adecuadas y fuertes, que obedezcan a la cultura jurídica y política del país y generen confianza en la población, se puede forjar un entorno institucional que asegure la gobernabilidad y ayude a la resolución de los graves problemas políticos y sociales que aquejan al Ecuador. Es también ampliamente sabido que, uno de los mecanismos que facilitan la generación de un entorno institucional idóneo es la promulgación de un ordenamiento Constitucional democrático que reconozca los derechos ciudadanos y establezca, normativamente, los principios de organización sobre los que se soportará el desarrollo institucional del país en el futuro.

²² Entre otras muchas manifestaciones esa inestabilidad se expresa en el hecho de que ninguno de los últimos tres gobiernos elegidos ha terminado el mandato.

modernizar las instituciones, entronizar la “partidocracia” corrupta en el ejercicio del poder.

Ante esa situación, en los últimos tiempos ha comenzado un gran debate nacional sobre las vías y las formas más eficaces para ventilar y discutir las soluciones estructurales que requiere el país. Se han ensayado desde iniciativas gubernamentales y legislativas, hasta levantamientos ciudadanos en busca de mayor transparencia y honestidad en la gestión de lo público y, hasta ahora, cualquier iniciativa ha resultado infructuosa. La situación permanece relativamente igual.

Es justamente por esa razón, por la que, a pesar de los riesgos e incertidumbres que genera²³, en los últimos meses se ha ido generando, en la ciudadanía, un consenso ampliamente mayoritario, sobre la necesidad de la convocatoria de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, que transforme radicalmente el marco institucional del Estado ecuatoriano y formule los derroteros que marquen el camino para salir de la crisis social y política que vive el país.

La solución a la crisis institucional y política que sufre el Ecuador enfrentó varias alternativas: una Asamblea Nacional Constituyente, la conformación de una simple Asamblea Constitucional, o el trámite de una reforma constitucional por las vías del artículo 280 de la actual Constitución vigente²⁴ por cuatro razones fundamentales:

a) En primer lugar, porque el procedimiento de reforma establecido en el capítulo tercero del título XIII constitucional, resulta de origen excesivamente rígido y engorroso lo que termina produciendo su ineficacia fáctica, como se puede deducir del hecho de que, en los más de ocho años de vigencia de la Constitución, no se haya presentado un solo proyecto ciudadano de reforma.

23 El principal riesgo conocido de una Asamblea Constituyente es que su convocatoria, por sí sola, no garantice la transformación de la situación en la dirección correcta, además de que se puede caer en una especie de “fetichismo constitucional”, según el cual, basta con cambiar las normas para que las realidades cambien. Eso, por supuesto, es una de las mayores falacias que ha dejado el positivismo en la cultura jurídica latinoamericana.

24 Según el artículo 280 constitucional, “La Constitución política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular”

- b) En segundo término, porque, hasta ahora, ninguno de los demás titulares del poder de reforma ha demostrado tener la voluntad política y la sensibilidad necesarias²⁵ para adelantar los cambios que le den al país la estabilidad institucional requerida para salir de la crisis.
- c) En tercer lugar, porque dadas las actuales condiciones de enfrentamiento institucional y bloqueo político, el único camino eficaz para darle gobernabilidad al Estado y al gobierno ecuatoriano es una transformación radical del sistema político vigente.
- d) Y, por último, y esta es la razón principal, porque lo que desea el pueblo ecuatoriano²⁶ es recuperar, para sí, la soberanía (Heller, 1963: 306) y el poder constituyente²⁷, en tanto es su único y verdadero titular²⁸.

Evidentemente, esa recuperación de la soberanía y del ejercicio del poder constituyente se hace, y debe hacerse, a través de un hecho político y un fenómeno de opinión²⁹, y no simplemente, como quieren algunos juristas

25 De la falta de voluntad e insensibilidad política son prueba fehaciente el número, el contenido y la suerte que han corrido varios proyectos de reforma a la Constitución presentados desde la entrada en vigencia de la Constitución. Solamente desde el 2003 se han presentado 11 proyectos de reforma constitucional sin que, hasta ahora, ninguno de ellos haya superado el primer debate en la Comisión permanente de Asuntos Constitucionales.

26 Según quedó claro con las votaciones del 15 de octubre y 26 de noviembre pasados.

27 En la literatura jurídico-constitucional hay infinidad de definiciones de poder Constituyente: Es bien conocido que la noción inicial de poder constituyente es una de las mayores aportaciones de Sieyes al Constitucionalismo moderno. Para el abate francés, Poder Constituyente es: “la capacidad que tiene la Nación de decidir sobre la Constitución que le da al gobierno.” Carl Schmitt, por su parte, define el Poder Constituyente como: “Voluntad política cuya fuerza y autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión sobre el modo y la forma de la propia existencia política del Estado”. El poder Constituyente no está ligado, de acuerdo con Schmitt, a formas o procedimientos jurídicos, sino que actúa siempre en estado de naturaleza. Gustavo Zagrebelsky considera, a su vez, que el poder constituyente es: “el poder político absoluto y soberano, es decir, sin límites jurídicos, y concentrado, es decir, no repartido con otros sujetos.”

28 Aunque en la formulación clásica, construida por Sieyes, el poder constituyente le pertenece a la Nación, entendida como: “el cuerpo de asociados que viven bajo una ley común”, es decir, “todos los habitantes y todos los tributarios de la cosa pública”, para el derecho constitucional contemporáneo y particularmente para la actual teoría democrática de la constitución, el titular del poder constituyente solo debe y puede ser el pueblo, “puesto que dicho poder pertenece originaria y esencialmente al pueblo y no puede ser ejercido satisfactoriamente sin su directa intervención”.

29 La diferencia entre procedimiento jurídico y hecho político refiriéndose a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no es una situación inédita en la historia constitucional latinoamericana. En el cercano entorno regional tanto en Colombia en 1990 como en Venezuela en 1998 quedó claro que la convocatoria a una Asamblea Constituyente era un hecho

locales, mediante la activación de un procedimiento jurídico de reforma y legitimación del actual sistema político y económico, porque la expresión de la voluntad popular es un hecho político que no tiene, no puede tener, limitaciones ni causas institucionales, jurídicos o normativos (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2001) . Y no los puede tener porque, por su propia naturaleza, el pueblo no es un concepto jurídico sino que es una realidad sociológica y, por supuesto, las vías a través de las cuales el pueblo se expresa y actúa no son mecanismos jurídicos, sino que son hechos sociales y políticos que, aunque pueden llegar a tener expresión normativa, no son, de ninguna manera, normativos en su origen.

Pero, adicionalmente, desde un punto de vista político institucional, la Constitución vigente tiene otros graves defectos sustanciales, como su carácter patrimonialista y corporativista, el excesivo presidencialismo, la ausencia de espacios para la colaboración armónica que debe existir entre el Ejecutivo y el Legislativo, la carencia de autonomía del poder judicial y de los órganos de control, la fragilidad del control de constitucionalidad, la falta de tecnificación y calidad de las labores legislativas entre otros; los cuales requieren una urgente reingeniería que permita democratizar verdaderamente las instituciones, y generar la gobernabilidad necesaria para garantizar el desarrollo social, político y económico del país.

La justificación de la transformación del modelo económico

Como se dijo más arriba, el segundo elemento que justifica la impugnación de la actual Constitución y la consecuente necesidad de cambio

político que superaba ampliamente el ámbito jurídico constitucional. En el primer caso, las votaciones del 27 de mayo de 1990 a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y su posterior contabilización por las autoridades electorales, no crearon una modificación de la situación jurídica del Congreso o del gobierno de turno, pues no eran ni un Plebiscito ni un Referéndum, sino un hecho político verificado y registrado por la organización electoral. En el caso venezolano, el resultado de las elecciones del 4 de diciembre de 1998, que dio como vencedor a Hugo Chávez quien, a lo largo de toda la campaña había prometido el fin del modelo político puntofijista a través de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, no deja duda de que el pueblo venezolano le otorgó un mandato político al nuevo presidente: acabar con la institucionalidad constitucional de la IV república, a través de la convocatoria de una asamblea constituyente.

constitucional, tiene que ver con que la Constitución de 1998 le dio cobijo constitucional y carta de naturaleza al proyecto económico neoliberal, emanado del llamado “Consenso de Washington”.

En efecto, como se puede comprobar con una simple lectura del texto constitucional ecuatoriano vigente, los principales componentes de la agenda neoliberal marcada por el “Consenso de Washington” están presentes y forman parte esencial del modelo constitucional ecuatoriano actual. Están incorporados, constitucionalmente, la reforma del Estado, la desestatización de lo público (incluyendo la privatización de los servicios públicos), la constitucionalización del modelo exportador de materias primas, la apertura comercial, la desregulación aduanera y la entrega al capital transnacional de los sectores estratégicos de la Economía.

Prueba de ello es que incorporó la participación de compañías privadas en la actividad minera y petrolera, al definir constitucionalmente que éstas pueden intervenir en las fases de exploración, explotación, refinación y comercialización del crudo y sus derivados.³⁰

Permitió, además, a través de un artículo constitucional, (artículo 249 C.P.E) la apropiación privada del resto de los sectores estratégicos de la economía como son: los servicios públicos de agua, saneamiento básico, telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, y carreteras, a través de la figura jurídica del “traspaso de la propiedad accionaria”, proceso que terminó con la aprobación de la ley de modernización del Estado, cuyo artículo 6 establece la privatización de la gestión de estas actividades (Delgado Jara, 2007).

Este estado de cosas obliga, entonces, a la otra gran transformación constitucional necesaria para completar la “revolución constitucional” relacionada con la reestructuración profunda del contenido de la llamada “Constitución Económica”, a fin de modificar los principios económicos generales de la Constitución, establecer directrices constitucionales de una política macroeconómica soberana que incluya el establecimiento de una política monetaria clara, que devuelva al Gobierno el control de la

30 Constitución Política del Ecuador (1998), publicada en el Registro Oficial N° 001 de 11 de Agosto de 1998, artículo 247 inciso 2.

moneda, la reformulación de la política fiscal y la transformación profunda de la política tributaria, la redefinición de la política económica en materia de sectores estratégicos, y la constitucionalización de un sistema de subsidios y salvaguardias a la producción nacional y la correlativa eliminación de los incentivos exorbitantes a la inversión extranjera, entre otras medidas.

Específicamente, en relación con la modificación de la parte dogmática de la Constitución económica, la Constituyente debe abordar una discusión acerca de la necesidad de corregir la definición constitucional del modelo económico imperante en el país. Recuérdese que la Constitución actual habla de que el Ecuador es una “economía social de mercado”, lo cual significa que en nuestro país existe un modelo económico donde la más amplia protección de la iniciativa privada se combina con una clara función social del mercado.

Ante el consenso generalizado de la necesidad de conservar dicha definición, que se corresponde con la actual fase de desarrollo del modelo capitalista post-industrial, sería esencial debatir ampliamente la urgencia de una corrección profunda al sesgo neoliberal y transnacional del concepto. Para hacerlo, es necesario formular las reglas constitucionales que incorporen la noción de equidad y solidaridad, y revincular el modelo económico constitucional al concepto general de desarrollo. Ello dará como resultado un modelo económico que pueda preservar algunas manifestaciones de la economía de mercado, y garantizar constitucionalmente el papel dirigente del Estado en la definición de las prioridades y procedimientos de crecimiento y desarrollo económicos y la obligación del Estado de promover la igualdad y la cohesión social

Ello, por supuesto, implica la modificación del marco económico constitucional actualmente vigente,³¹ a partir del establecimiento de garantías institucionales que favorezcan la estructuración de una economía

31 Recuérdese que según el modelo económico neo-clásico (neoliberal), implícito en la actual Constitución, la economía nacional está inserta y depende esencialmente del papel que cumple el país y sus territorios en el mercado internacional de bienes y servicios y, concretamente, en el caso ecuatoriano, de los vaivenes del mercado internacional de materias primas, especialmente no renovables, pues éste es el sector en donde el Ecuador tiene aparentes “ventajas competitivas”.

nacional que promueva procesos de asociación y favorezca la generación de un mercado interno dinámico donde, solo una vez satisfechos los requerimientos de dicho mercado, se plantee la exportación de los excedentes.³²

Complementariamente con lo expresado en el párrafo anterior, el modelo económico implícito en esta propuesta constitucional comporta la validación de principios y reglas constitucionales dirigidas a garantizar la creación de macro-mercados externos³³ que sean convergentes con los presupuestos teóricos y técnicos del mercado interno ecuatoriano.

Por último, la Asamblea Constituyente debería estudiar la posibilidad de establecer constitucionalmente una serie de principios que permitan al Estado y a la Sociedad tener una amplia influencia en la dirección de la economía y, en concreto, fomentar la producción y el desarrollo económico a nivel local.

La revolución económica constitucional implica, además, establecer sustanciales modificaciones en la política energética, fiscal y monetaria del Estado ecuatoriano a través de la constitucionalización en sus bases fundamentales que incluyan: la devolución del rol dirigente del Gobierno en la definición e implementación de la política monetaria (incluida la reestructuración funcional del Banco Central); la reformulación de la política fiscal (incluyendo la reorganización del sistema presupuestario constitucional para hacerlo participativo, y la constitucionalización de la política económica en materia de sectores estratégicos).

En materia monetaria no hay que olvidar que uno de los instrumentos más valiosos con que cuenta un gobierno para alcanzar la estabilidad económica, es el control de la política monetaria y, concretamente, la regulación del mercado del dinero de un país. Con la constitucionalización del modelo neoliberal de bancos centrales autónomos, en 1998, el

32 Este mismo esquema económico constitucional implica la aprobación de reglas constitucionales que establezcan incentivos negativos (autorización para definir reglamentariamente impuestos, tasas y contribuciones especiales) a la importación de productos, (especialmente de consumo suntuario) y su reemplazo por productos locales o, en caso de ser necesario, por bienes y servicios producidos preferentemente en América latina, lo cual contribuirá a crear un mercado regional fuerte y competitivo.

33 Tales como los de los países latinoamericanos y específicamente, aquellos de los países andinos.

Gobierno Nacional perdió, de hecho, el control sobre dos de los elementos más valiosos de la política económica cual es la definición de los tipos de interés³⁴ y la variación del encaje bancario.³⁵ Con la dolarización de la economía en el año 2000, no ya el Gobierno sino el Estado ecuatoriano perdió cualquier posible influencia sobre el manejo de la masa monetaria del país, pues ésta depende, en buena medida, de las decisiones que tomen las autoridades monetarias norteamericanas y los inversionistas privados.

Ante la urgente necesidad de adecuar la estructura constitucional a la realidad, uno de los propósitos que debiera guiar a la Asamblea Constituyente es establecer un sistema monetario claro y coherente y devolverle al Gobierno una buena parte del control sobre la política monetaria.

Para ello, debería plantearse la creación de un sistema monetario donde el Sucre, el Dólar o cualquier otra moneda coexistan como unidades monetarias alternativas como ocurre en países como Panamá, lo cual, a la vez, se adecua al querer mayoritario de la sociedad que está a favor de la dolarización³⁶ y permite que, eventualmente, en el futuro circule otra moneda regional que no sea el Dólar.

Esta “revolución monetaria” deberá abordar la cuestión del Banco Central del Ecuador para lo cual debe estudiarse la eliminación de su

34 La definición de los tipos o tasa de interés es uno de los mecanismos más útiles para incentivar o desincentivar la inversión privada en una Economía.

35 El encaje bancario o coeficiente legal de reservas indica qué porcentaje del dinero que un Banco o institución financiera ha de guardar sin poder utilizarlo en el mercado financiero, a fin de garantizar los riesgos de las operaciones financieras.

36 A pesar de que, según el Banco Mundial, (Ecuador, evaluación de la pobreza) todavía son inciertos los efectos que esta medida tendrá en el mediano y largo plazo sobre los índices de crecimiento y pobreza, lo cierto es que esta medida goza de una innegable popularidad entre la mayoría de la población. Sobre este particular habría que recordar que, si bien es cierto que esta medida ha contribuido de forma significativa a generar credibilidad y estabilidad a nivel internacional (ha disminuido significativamente el riesgo país), lo que propicia condiciones favorables a la inversión privada (nacional y extranjera), sin embargo, ha afectado, de forma considerable, la capacidad del Gobierno para implementar políticas anticíclicas, y ha tenido efectos insignificantes en materia de crecimiento de la economía. Tampoco ha ayudado a reducir la pobreza puesto que la dolarización solo ha producido una baja de los bienes de consumo durables, que son consumidos fundamentalmente por las capas medias y altas, mientras que los bienes de consumo inmediato han experimentado un alza significativa como resultado de los precios agrícolas.

autonomía del ejecutivo (otra muestra clara del neoliberalismo constitucional) y redefinir sus funciones y estructura.

En cuanto a la política fiscal³⁷, como se sabe, en las últimas dos décadas y particularmente desde la promulgación de la Constitución de 1998, la política fiscal ecuatoriana ha estado signada por las directrices del “Consenso de Washington”, que propugnan la disminución al máximo del gasto público, especialmente en gasto social, y por el establecimiento de un modelo tributario centrado en la eliminación progresiva de los impuestos directos (renta y patrimonio) y su reemplazo por impuestos indirectos o impuestos al consumo (IVA).

Este tipo de políticas, si bien ha generado una aparente estabilidad económica³⁸, ha producido importantes costes sociales que todavía no se han medido lo suficiente. Aun así, los datos preeliminares son desalentadores: entre 1990 y 2006 ha existido en Ecuador un aumento sostenido del desempleo³⁹ y la pobreza⁴⁰ unidos a la precarización creciente del mercado laboral,⁴¹ los cuales han desembocado en la migración masiva de una buena parte de su población.

Para revertir este proceso, la Asamblea Nacional Constituyente deberá estudiar la posibilidad de una modificación constitucional de los fundamentos de la política fiscal, que incluya un cambio en la valoración constitucional del gasto público y la política tributaria.

En materia presupuestaria, por ejemplo, deberían establecerse una serie de reglas constitucionales dirigidas a reorganizar el Sistema Presupuestario Constitucional. Concretamente, deberían aprobarse normas

37 La política fiscal es la parte de la política económica encargada de definir el nivel del gasto público (política presupuestal) y de establecer el modelo tributario del Estado.

38 La estabilidad económica es entendida esencialmente por los defensores del neoliberalismo como el mantenimiento de bajos niveles de inflación, acompañada de la disminución progresiva y creciente del gasto público y de una disminución significativa de los costes laborales (especialmente de los salarios)

39 Según datos recogidos por CEDATOS (Ecuador en perspectiva) de 1990 al 2006, el desempleo abierto pasó del 6,1% al 10,1.

40 Según el Banco Mundial, la tasa de pobreza pasó del 40% en 1990 a 56% en 2001 manteniéndose, prácticamente, estables en los últimos 4 años (52% en 2006).

41 De acuerdo con CEDATOS, (Ecuador en perspectiva) la tasa de subempleo llegó en 2006 a 46% lo que es un indicador claro del aumento de la precarización del mercado laboral ecuatoriano.

que establezcan la constitucionalización de los Presupuestos Participativos y de la planificación participativa con veeduría ciudadana, la revisión profunda del actual Artículo 244 de la Constitución, en el sentido de prohibir al Congreso adicionar y/o modificar el Presupuesto, atribuyendo esa competencia, de manera exclusiva, al Presidente de la República, y el establecimiento de un sistema tributario progresivo, basado en el recaudo de impuestos directos y en la disminución progresiva del peso del IVA respecto de todo el esquema tributario del país. Asimismo, es necesario que la nueva constitución defina el marco general de un programa de mejoramiento de la gestión tributaria que incluya la reestructuración del actual Servicio de Rentas Internas, a fin de aumentar la recaudación y evitar la evasión de impuestos.

Otro tema importante, vinculado estrechamente a la conformación del Ecuador como una economía social de mercado, es el tema de la redefinición de la explotación de los recursos del subsuelo por particulares. En ese sentido, la nueva Constitución debería incorporar principios básicos de soberanía económica tales como que la propiedad de los recursos del subsuelo corresponde, en exclusivo, al Estado central. El establecimiento del monopolio estatal en cuanto a la propiedad y explotación de sectores estratégicos como la electricidad, los hidrocarburos, la minería y las telecomunicaciones y la prohibición constitucional de la privatización de recursos naturales y de monopolios naturales, lo cual implica, entre otras cosas, eliminar la actual definición constitucional de servicios públicos en la que se incorporan estos monopolios naturales, para evitar su privatización.

Otro asunto crucial que debe ser estudiado a la hora de aprobar una nueva constitución económica es la consagración constitucional de un sistema de salvaguardias y subsidios directos a la producción nacional y la eliminación correlativa de los exorbitantes incentivos constitucionales a la inversión extranjera. No hay que olvidar que, si bien la libertad de comercio internacional y la libre circulación de bienes, servicios y personas es un fin altamente deseable, el actual esquema de apertura y liberalización económica y comercial defendida por la OMC y la OCDE, es profundamente injusto porque está concebido en una sola dirección, de los países en vías de desarrollo hacia los países desarrollados, pues éstos mantienen totalmente operativas las salvaguardias y los subsidios a sus productos,

especialmente a aquellos en los que los países en vías de desarrollo tienen mayores ventajas comparativas.

En ese contexto sería deseable establecer en la nueva Constitución mecanismos constitucionales que incentiven la producción nacional y eliminen la tendencia hacia la mono-exportación petrolera y agrícola, entre los cuales, por supuesto, está el establecimiento de salvaguardias y subsidios directos a la manufactura nacional, que genere condiciones de igualdad entre los productos nacionales y los extranjeros.

Parte Política

¿Qué es una Asamblea Nacional Constituyente?

La recuperación de la soberanía popular por parte del pueblo, implica, por supuesto, definir qué es una Asamblea Constituyente, para lo cual hay que distinguir claramente entre Poder Constituyente y Asamblea Constituyente.

El primero es la voluntad y la capacidad política que tiene el pueblo de darse sus propias instituciones, mientras que el segundo es, solo, el instrumento a través del cual el pueblo actúa para darse una nueva Constitución. En el caso ecuatoriano, el pueblo del Ecuador, como titular originario, único e indelegable del Poder Constituyente, debe ejercer, y ejerce, de hecho, su soberanía para, sin autorización o formalidad alguna, manifestar, de manera inequívoca, su voluntad de cambiar el régimen político (Zagrebelski, 1998), mientras que la Asamblea Nacional Constituyente es, simplemente, el mecanismo a través del cual se expresa esa voluntad de promulgar una nueva Constitución⁴².

⁴² Estos son justamente, y a pesar de que no estén escritos en un texto normativo, los principios que caracterizan, y deben caracterizar, tanto el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo como la propia actividad de una Asamblea Constituyente, una vez instalada.

Las características de una Asamblea Constituyente

El hecho de que la Asamblea Constituyente sea el órgano a través del cual el pueblo materializa su voluntad política, y que, por lo tanto, en estricto sentido, sea un órgano constituido, no puede llevar a identificarlo con el resto de los poderes constituidos de un ordenamiento jurídico. La Constituyente es un órgano distinto a las demás instituciones por varias razones:

- a) En primer lugar, porque es un órgano supra-constitucional en la medida en que ni su existencia ni su funcionamiento están disciplinados por la Constitución, puesto que su origen y legitimidad, que proviene directamente del pueblo ecuatoriano, no es jurídica sino política.
- b) En segundo término, porque es un instrumento extraordinario (Zagrebelski, 1998)⁴³, que tiene como única función aprobar una nueva constitución⁴⁴. El resto de los poderes constituidos⁴⁵ tienen claramente establecida sus competencias y su misión institucional, la cual es totalmente distinta a elaborar una nueva Constitución. En el caso particular del Congreso Nacional, ninguno de los incisos del artículo 130 de la Constitución de 1998, actualmente vigente, le impone la facultad o potestad de ejercer el poder constituyente o cambiar la Constitución, sino que, simplemente, tiene atribuido un poder de reforma que es, de acuerdo con la doctrina, esencialmente diverso del poder constituyente.
- c) Y, en tercer lugar, lo que es más importante, porque la Asamblea Nacional Constituyente, atendiendo a su origen popular y originario,

⁴³ Se dice que el poder constituyente es extraordinario en tanto solamente es ejercido por su titular, cuando se requiere crear un nuevo orden jurídico, o cuando el orden jurídico vigente es insuficiente e incapaz de regular adecuadamente el orden social.

⁴⁴ De acuerdo con la doctrina constitucional más aceptada, la única función de una Asamblea Constituyente es discutir, redactar y aprobar una nueva Constitución.

⁴⁵ De acuerdo con lo establecido en el Artículo 118 de la Constitución de 1998, los poderes constituidos en el Estado Ecuatoriano son: los organismos y dependencias de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; los organismos electorales; los organismos de control; las entidades que integran el régimen seccional autónomo; los organismos autónomos constitucionales; y, las personas jurídicas que prestan servicios públicos.

tiene plenos poderes para transformar y refundar el marco institucional del Estado ecuatoriano, lo que, de ninguna manera ocurre con los poderes constituidos de origen constitucional que están naturalmente limitados por los principios de juridicidad y legalidad, y por los principios y valores que orientan la Constitución vigente.

La coyuntura actual: la tensión entre la exigencia ciudadana de cambio y la reacción del *status quo* político

Conforme los principios del constitucionalismo y las democracias modernas, la ANC, en tanto decisión política constituyente, es: la fuente generadora de la Constitución y, por lo tanto, su existencia está más allá del texto constitucional, independientemente de que conste o no en la norma, como efectivamente la excluyeron los partidos de la mayoría del 98. La Asamblea Nacional Constituyente surge, madura y desarrolla, por un lado, como una necesidad social, por lo general, consentida cuando el marco regulatorio, las reglas del juego sustantivas del Estado han demostrado plenamente ser ineficaces y, principalmente, se concreta cuando la crisis política y social es sistemática, reiterada y tan altamente emergente que pone en cuestión la continuidad del Estado. ¿Quién puede negar que ésta es la realidad reciente vivida por el país desde 1996 con Bucaram hasta las jornadas de abril del 2002 con Gutiérrez?

El propio mecanismo sustitutivo que aprobó la mayoría del 98, esto es la reforma de la Constitución, a través de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, ha resultado en una lamentable entelequia sin operatividad que ha inmovilizado cualquier cambio sustantivo de la Carta Magna, esto es, que se constituyó en una disposición ineficaz, que no generó consensos y por lo tanto configura una disposición inaplicable.

Los mismos partidos de la mayoría del 98 que hoy proclaman la inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, han sido artífices de monumentales actos y decisiones de irremediable naturaleza inconstitucional: la dolarización, aprobación del Convenio para la Base de Manta; aprobación del sistema de repartición de escaños (Hont

Modificado) violando flagrantemente la Constitución que dispone que se elegirá a los candidatos más votados y no a los partidos más votados; designación y remoción de miembros del Tribunal Supremo Electoral según los acuerdos y conveniencias (con miembros de partidos inexistentes, como el Conservador o fuera de los siete más votados, la DP, p.e.); designación del Defensor del Pueblo en contra de claras disposiciones constitucionales; desconocimiento de la sucesión presidencial de Rosalía Arteaga, entre otras cuestiones, y, para ello el sustento jurídico ha sido la muletilla del voto mayoritario de los congresistas.

Hoy por hoy, para ésta misma elite política, no hay crisis política, no hay crisis de valores, la ciudadanía está, si no satisfecha, por lo menos conforme con el estado de cosas y con la institucionalidad que funciona. Que rápido olvidaron abril y los eventos de CIESPAL.

Así las cosas, lo que está en juego, entonces, no es la discusión semántica sobre la inconstitucionalidad o no de la ANC, lo que está en curso es la construcción de una nueva correlación de fuerzas entre los distintos actores sociales; por un lado, aquellos para quienes la Constitución, leyes e instituciones les han favorecido, es decir, sí ha funcionado, y, por el otro lado, un polo social, popular mayoritario excluido que, a pesar de haber sido el protagonista directo de “la conmoción nacional” que justificó la cesación de los ex-mandatarios, no se ha visto reconocido ni satisfecho en sus principales aspiraciones, tanto de representación y participación política, como en el acceso a la redistribución y acceso a los beneficios del desarrollo y calidad de vida que ostenta un pequeño segmento de la población.

La oferta central de campaña propuesta por Alianza País, y puesta en práctica por el Presidente Rafael Correa, a diferencia de lo actuado por el Congreso, conforme los ejemplos antes referidos, se sustenta en una norma expresa de la Constitución, el Art. 104 numeral 2; texto constitucional claro que faculta, a criterio del Mandatario en funciones, convocar a consulta popular para tratar cuestiones de trascendental importancia para el país.

Esto implica que no se llama a reformar la Constitución, por ser una facultad, aunque no utilizada, del Congreso Nacional; se trata de hacer uso de la prerrogativa constante en los Principios Fundamentales de nuestra Constitución que dispone que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que la ejerce a través de los órganos

del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución” (Art. 1 inciso segundo).

En estas condiciones, la Asamblea Constituyente convoca a activar un proceso constituyente para promover la más amplia discusión y participación para que, sobre la base de un nuevo acuerdo nacional, y una nueva mayoría, establecer los parámetros de un nuevo Estado, soberano en sus decisiones, incluyente, de democracia de alta intensidad reflejada en la participación directa, asamblearia y activa de la ciudadanía, respetuoso de la diferencia y actor central en la redistribución masiva de los bienes y servicios, principalmente para aquellos sectores excluidos y empobrecidos de la patria.

El decreto de convocatoria a la Asamblea y el estatuto para la instalación y funcionamiento de la ANC.

Precisamente porque el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, el derivado de la Constitución de 1998, no puede, ni debe, regular el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, ni tampoco está en capacidad jurídica de disciplinar el órgano a través del cual éste actúa, es por lo que se llegó a la conclusión de que el pueblo ecuatoriano, en desarrollo de su poder originario, directamente, o bien a través del gobierno, defina cómo va a ser dicha Asamblea.

Para hacerlo, después de un amplio debate que se materializó en el resultado de las elecciones presidenciales de noviembre de 2006, y como parte del cumplimiento de la principal oferta de campaña electoral de Rafael Correa, se elaboró el Decreto Ejecutivo 002, que contenía la pregunta de la Consulta y el Estatuto que regularía la elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Estatuto que, entre otras cosas, aclara cuál es la finalidad de la convocatoria de la citada asamblea, su duración y los mecanismos de integración de la misma. Igualmente, establece de manera general cuáles son los órganos de dirección y conducción de la Asamblea y las directrices del manual de funcionamiento de la misma, así como el calendario electoral que deberá surtir para efectos de cumplir con el objetivo de poner en funcionamiento una Asamblea Nacional Constituyente.

En cuanto a lo primero, la convocatoria a la consulta instiga al pueblo para que se pronuncie, positiva o negativamente, si autoriza la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes para modificar el marco institucional del Estado y configurar un nuevo sistema normativo donde se ponga énfasis en el respeto y profundización de los derechos consagrados en el actual marco constitucional.

En relación con el Estatuto, presentado por el Gobierno el 15 de enero de 2007, posteriormente modificado por el decreto 54 y el 148 del mismo año, define claramente que la finalidad de la Asamblea Constituyente será redactar y aprobar una nueva Constitución que reemplace la vigente, refunde el Estado y establezca un nuevo marco institucional del Estado, basado en los principios de transparencia, probidad, equidad y responsabilidad.

Asimismo, establece un plazo prudencial de 180 días, prorrogable por 60 más, para que los miembros de la Asamblea discutan, redacten y aprueben el nuevo texto constitucional, y reglamenta el modo y la forma de su disolución.

Por otro lado, en un siguiente capítulo, regula todo lo referente a sus miembros. Concretamente, propone una Asamblea de cien miembros que obedezca y represente la pluralidad nacional, regional y local del Ecuador. Asimismo, define las cualidades que se requieren para ser asambleísta y establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que los cobijan. En cuanto a lo primero, la regulación propuesta, siguiendo a la Constitución actual, establece un justo medio entre garantía absoluta de los derechos de participación política que tienen todos los ecuatorianos, con la necesaria experiencia y capacidad que deben acreditar quienes aspiren a ser representantes del pueblo ecuatoriano en tan importante misión.

En relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, incluso a riesgo de decepcionar a algún sector importante de la opinión pública, que pide establecer importantes limitaciones a la participación de aquellos ecuatorianos que participaron y tienen alguna responsabilidad en el estado actual de las cosas, el proyecto de estatuto, que se pone en consideración, en desarrollo de un ejercicio plenamente garantista; prefirió recoger el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el

actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, de tal manera que se garantice, al máximo, el derecho de participación de todos los sectores de la población, sin otra consideración.

El desafío: Una nueva Asamblea Constituyente para Ecuador: lo que podemos esperar de la nueva ANC

Doctrinariamente, dentro del constitucionalismo moderno se reconocen dos grandes tipos de emanación constitucional: el monárquico y el popular⁴⁶.

La emanación de la soberanía popular ha tenido diversos sujetos, pero lo que ha constituido el pilar del desarrollo del moderno constitucionalismo ha sido el pueblo, como el único e indelegable titular del poder constituyente⁴⁷.

Así, la soberanía popular, encarnada en la ANC de 1998, expresada por los sujetos políticos de la mayoría DP, PSC e ID, principalmente, se arrogó la facultad de eliminar a la ANC como mecanismo fundacional y primario de la democracia, lo que no implica que este principio, por voluntad de esos partidos, haya desaparecido para siempre del horizonte constitucional y político del país.

La ANC doctrinariamente es un acuerdo intersocietal de rango superior que otorga a esta voluntad concertada un grado superior de legalidad respecto de toda la normativa vigente.

⁴⁶ Esta definición doctrinaria es completamente diferente a la que sostienen los diputados Xavier Sandoval (PSC) y Guillermo Landázuri (ID) para quienes una ANC únicamente se justifica “cuando el país sale de una dictadura y cuando las instituciones democráticas no existen o no funcionan y el Ecuador no está en ninguna de las dos situaciones” EL Comercio 8 de septiembre 2006.

⁴⁷ El Capítulo 3 “De la reforma e interpretación de la Constitución” Artículo 280 señala: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular”. La ANC del 98 aprobó esta normativa autocensuradora que está en flagrante contradicción con los principios básicos del constitucionalismo moderno al haber eliminado la posibilidad de una nueva ANC. Esto no implica que es imposible una convocatoria a una nueva ANC, lo que quiere decir es que, la correlación de fuerzas dominantes de esa época impusieron este candado, contrario a todo principio constitucional moderno, y que ahora es objeto de disputa en un nuevo marco de correlación de fuerzas políticas y que se dirimirá con el apoyo popular, o no, a la tesis de una nueva ANC como lo propone Alianza País.

La ANC, en tanto decisión política constituyente, es la fuente generadora de la Constitución y, por lo tanto, no puede ser eliminada o suprimida por ésta, como efectivamente lo hicieron los partidos de la mayoría del 98.

Hoy, el sujeto-actor político, pueblo ecuatoriano, luego de una década de implementación de la última ANC, ha expresado de manera contundente y sistemática su afán y deseo de recuperar la soberanía popular para crear una nueva Constitución y gestar un nuevo Estado que enfrente, de manera profunda, las raíces de una crisis política y económica que amenazan con despedazar la, de por sí, debilitada institucionalidad representativa. Un Vicepresidente exiliado y tres Presidentes destituidos son la mejor prueba de lo afirmado.

En estas condiciones, el pueblo, como el único e indelegable titular del poder constituyente se pronunciará si quiere una ANC para recuperar la patria o acepta que se mantenga el *status quo* que nos legó la mayoría PSC-DP-ID desde el 98.

Entre algunas de las expectativas de reformulación de marco normativo constitucional, como resultado del proceso constituyente, podemos citar las siguientes:

En el ámbito de la Reforma Política: definición del sistema bicameral o unicameral; eliminación de las sesiones reservadas; saneamiento del principio de inmunidad parlamentaria concentrado a los actos legislativos y sometimiento a las tribunales y jueces comunes por ilícitos en el desempeño de la representación popular; eliminación del sigilo bancario para los legisladores; monitoreo ciudadano público y revocatoria sumaria del mandato a los legisladores; sistema de elección distrital y pluripersonal limitada (máximo tres legisladores por distrito), rendición de cuentas trimestrales a los electores del distrito y aplicación distrital del código de ética por parte de los electores. Elección universal y secreta para la designación de los máximos representantes de los organismos de control: Procuraduría, Contraloría, Comisión Anticorrupción, Fiscalía, Defensoría del Pueblo y Tribunal Constitucional quienes durarán un máximo de seis años, sin reelección, sujetos al principio de rendición de cuentas y revocatoria del mandato. Fortalecimiento del Tribunal Constitucional como máximo órgano de control constitucional. Creación del Instituto Técnico Electoral, bajo concurso

público de oposición y merecimientos y creación de una sala especializada de justicia electoral a nivel de Corte. Disolución del Congreso por el Presidente de la República por una sola vez si éste bloquea sus propuestas de cambio y llamado inmediato a elecciones.

En el ámbito de la Reforma Económica: sustitución del modelo de economía social de mercado por el de economía solidaria, humana y sustentable. Recuperación de los textos constitucionales de 1978 sobre la soberanía y propiedad estatal de los recursos naturales, hidrocarbúricos, gas, minerales, aguas y los servicios públicos; garantía y reconocimiento de las diversas formas de propiedad: privada, pública; mixta; cooperativista, comunitaria y ancestral. Prohibición expresa de venta de acciones o transferencia de dominio de bienes públicos nacionales a capitales extranjeros. Revisión y reversión de las concesiones estatales a intereses particulares. Reestablecimiento de un sistema de planificación nacional. Reforma Agraria Integral y Soberanía y Seguridad Alimentaria y Ambiental.

En el ámbito de los Derechos Humanos integrales: sometimiento vinculante y obligatorio de la Constitución, normas secundarias, orgánicas, procesales, regulaciones y disposiciones, así como todas las instituciones, funciones, órganos, mandatarios, dignatarios, autoridades, funcionarios, personas naturales y jurídicas, nacionales e internacionales, a la Carta Internacional de los Derechos Humanos y al derecho internacional.”

Hasta aquí el texto que utilizó la organización internacional Intermon Oxfam como insumo pedagógico para promover la reflexión y análisis con las comunidades de base y organizaciones sociales con las cuales trabaja esta importante organización en todo el país, para estimular la construcción de agendas de participación propositiva, frente al proceso constituyente en ciernes, a esa fecha.

Capítulo III

La participación ciudadana y la transformación profunda, pacífica y en democracia

La ausencia de un sostenido proceso de discusión teórico-constructivo, a partir de la vigencia de la nueva Constitución de Ecuador, aparece como una constante en el ámbito académico, en el foro jurídico y en la opinión pública. La confrontación a partir del descrédito a los contenidos de la Constitución de Montecristi es usual en algunos medios de comunicación. Mucho de ideología y muy poco de contenido académico o jurídico constitucional.

La transformación institucional que vive el país, como todo cambio profundo, no tiene una teoría de aplicación; afortunadamente, carece de un manual a seguir, es un desafío cotidiano que se configura lentamente a través de los distintos actores, tanto los institucionales en periodo de transición, como en los sujetos políticos, oficiales y ciudadanos, siendo estos últimos la piedra angular para conseguir los tan anhelados fines de participación, justicia económica y equidad social.

Estos momentos históricos de transformación deben desentrañar procesos de cambio profundo en las sociedades que los afrontan, siendo entonces el resultado una reformulación, la mayoría de veces, lenta y paquidérmica, del tejido institucional, las relaciones políticas, económicas, sociales y, especialmente, de la cultura significada en valores y principios de la comunidad en general.

El proceso constituyente en Ecuador, entre otros paradigmas, se genera a partir de la reformulación de los tradicionales principios democráticos de representación y participación política, agotados y anquilosados

por las elites políticas y económicas en las décadas pasadas; proclamando la conformación de la Asamblea Constituyente, incentivando una democracia participativa y directa, donde sea el pueblo, la ciudadanía y no los estamentos corporativos, quienes se transformen en los actores principales en la construcción de una sociedad y democracia de nuevo tipo, propia del siglo XXI.

Este capítulo tiene como principal objetivo analizar la participación democrática en el contexto constitucional actual del Ecuador, a partir de un juicio crítico sobre los nuevos contenidos constitucionales que tienen como meta la ampliación de la sede democrática de la sociedad, incorporando instituciones novedosas con rango de derechos constitucionales. Pongo particular atención en la necesidad histórica y la decisión trascendental asumida por los asambleístas constituyentes al incorporar, de manera inédita, a un segmento importante de la población que fue literalmente expulsado del país, víctima directa del saqueo bancario de fines de los noventa: los migrantes, héroes anónimos a quienes tanto debemos puesto que, con su sacrificio cotidiano, paradójicamente, son un factor insustituible de soporte del sistema de dolarización que fue el que justamente los exilió. Se reflexiona respecto de la presencia de nuevos actores en la democracia ecuatoriana, gracias al voto facultativo para agentes de la fuerza pública: militares y policías, así como para los jóvenes mayores de 16 años que, a no dudarlo, en el mediano plazo, serán un componente sustancial en el proceso de profundización y ampliación de la sede democrática participativa de carácter electoral. Esta normativa constitucional incrementa la base de votantes dentro del sistema electoral, promocionando una sociedad y cultura mucho más participativa que aquella establecida en la Constitución de 1998.

Los interrogantes que intentaré contestar están directamente relacionados con los contenidos que dan significado a este nuevo tipo de democracia que, aun conservando muchos elementos de carácter representativo, incorpora novedosas iniciativas que permiten identificar nuevos elementos de un sistema político de participación ciudadana. .

Para avanzar en el análisis debemos remitirnos al significado del sufragio y el derecho al voto que tienen antecedentes históricos importantes y que, pocas veces, son adecuadamente valorados. Más que la participación

política de una comunidad o un individuo dentro de la sociedad, es el resultado de una amplia gama de debates presentados a lo largo del tiempo, desde la ineludible discusión dogmática de la participación democrática en el gobierno de las ciudades de la Grecia antigua, hasta la lucha por desvanecer el anticuado voto censitario y la prohibición de votar que acarrearaban las mujeres hasta finales de la década de 1920⁴⁸.

La participación política en la Grecia antigua es conocida por la conformación de una democracia directa, previa a la participación aristocrática y especializada. La historia de la democracia en Atenas, como principal muestra de la democracia en Grecia, ha tenido una peculiar transición: de la lucha aristocrática de grandes familias para obtener el poder político⁴⁹, hasta la conformación del Consejo de los Quinientos que, después de las reformas impartidas por Clístenes⁵⁰, ya no sería conformado por sorteo, sino por personas elegidas en cada *demo*. Los varones mayores de 18 años debían registrarse en cada *demo*, obteniendo, de esta manera, sus derechos como ciudadanos.

Varios tratadistas y filósofos griegos discutieron sobre el campo de participación política en el gobierno de las ciudades de Grecia. Filósofos como Sócrates y Platón sostienen que no todos los habitantes de una ciudad deben ser considerados ciudadanos y que, al mismo tiempo, no todos los ciudadanos deben ser capaces de tomar decisiones. Platón representa la conformación de una sociedad en base a tres tipos de hombres provenientes todos de la misma naturaleza. El primero de ellos es el hombre de oro, quien debe gobernar; el segundo es el de plata, quien debe ser auxiliar en el gobierno o guardián de la Ciudad y, por último, el hombre de bronce y hierro, quien es artesano y labriego (Platón, 1988), De la misma forma,

48 Ecuador reconoció el sufragio universal y el derecho de voto a las mujeres en su décimo tercera Carta Constitucional, aprobada en 1929 donde, además, se recogen nuevos postulados programáticos, como la representación de minorías y la representación funcional en caso de senadores.

49 Después del gobierno de Solón (546-510 a.C.), Atenas se vio entregada a una lucha aristocrática entre familias, la cual sucumbió ante el poder de los Pisistrátidas, que configuraron una tiranía dinástica. Esta tiranía fue derrotada por la alianza conformada por los Alcmeónidas, Esparta y los ciudadanos de Delfos, generando reformas en las instituciones civiles, unificando los distintos colectivos humanos y generando una participación política integracionista.

50 Clístenes fue representante de la familia de Alcmeónidas, que derrocó a la tiranía de Hipias y desarrolló nuevas formas de organización social, sustituyendo las 4 familias de Hipias, en 10 tribus, que conformarían el ejército de Atenas y el Consejo de los Quinientos.

articula que el gobierno de una ciudad es bueno, cuando cada quien hace lo suyo y no se dedica a nada más (Platón, 1988). Sin embargo, Protágoras, por ejemplo, sostiene que todos los ciudadanos, sin importar su labor o clase, deben participar en el gobierno de la ciudad, ya que todos son competentes y tienen capacidad para participar en los asuntos políticos de la ciudad (Platón, 1980).

La concepción de la participación política se ha generalizado como el derecho de elegir y ser elegido, en base al principio adjudicado a Rousseau, que comprende el hecho de que la soberanía reside en el pueblo, siendo éste el único que detenta el poder y puede elegir lo más conveniente para su beneficio como comunidad, atribuyendo la base a una democracia directa. Sin embargo, por problemas demográficos y la complejidad de las decisiones a tomarse, hizo que se derive en la democracia representativa, donde el pueblo era quien elegía a sus propios representantes.

Esta tesis otorga la denominada legitimidad democrática a las personas electas para representar a la comunidad, sin embargo, contenía ciertas limitaciones que restaban dicha legitimidad al restringir el sufragio a personas que pudieran cumplir ciertas condiciones, por ejemplo: saber leer, escribir o gozar de cierto grado aristocrático basado en propiedades o dinero; este condicionamiento fue conocido como voto censitario. En el caso de Ecuador no fue sino hasta 1961 que se suprimió el requisito censitario⁵¹.

A pesar de estos eventos significativos, existen todavía varios obstáculos que deben enfrentar las naciones democráticas para garantizar una verdadera participación política de sus ciudadanos. Existen algunos países donde el derecho al sufragio puede ejercerse a partir de determinada edad, igualmente algunas restricciones de carácter normativo, por las cuales, los ciudadanos que ejercen funciones como agentes de la autoridad no pueden votar. Ecuador ha resuelto constitucionalmente estos obstáculos.

Históricamente existe también otro tipo de inconveniente de carácter fáctico: el abstencionismo al voto. Generalmente ubicado en los segmentos más juveniles de la población, se traduce en un factor social que des-

51 Ecuador suprimió el requisito censitario del sufragio en su Constitución de 1961, además, propuso el sufragio directo y la representación proporcional de la población en la Cámara de Representantes.

gasta la legitimidad democrática que debe caracterizar a las dignidades de elección popular, perjudicando el fortalecimiento de la propia institucionalidad del Estado por medio de los votos, vale decir de la asistencia y participación de los votantes, puesto que, al ser estos limitados, por falta de interés de algunos importantes segmentos ciudadanos, este abstencionismo impide que las personas elegidas sean realmente legitimadas en su poder, reduciendo el número de electores, generando graves problemáticas como la pérdida de fe en la institucionalidad y sus liderazgos, favoreciendo la falta de gobernabilidad y la inestabilidad política.

La participación política en Ecuador

En el Ecuador, dentro del debate realizado frente al proceso constituyente y la aprobación de la constitución del 2008, se generaron varias dudas respecto al sistema electoral y de participación política de los ciudadanos dentro del país.

Este elemento de la participación política consagró uno de los temas de debate más álgidos, donde estaban presentes el rol de los movimientos y los partidos políticos, la democratización de las estructuras, la despartidización de los órganos de control electoral y la creación de un órgano de administración de la justicia electoral. Adicionalmente, la Asamblea Constituyente buscó la posibilidad de aumentar el campo de participación democrática de la ciudadanía y la politicidad de los actores y, en esa línea, se propuso incrementar la base de electores.

La Constitución de 1998, respecto al tema de participación política, disponía que los ciudadanos ecuatorianos gozaban del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y desempeñar empleos y funciones públicas. Además, el voto popular era universal, igual, directo y secreto; obligatorio para los que sepan leer y escribir, facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años. Podían ejercer el derecho al voto los ecuatorianos mayores de dieciocho años de edad y que se

hallen en el goce de los derechos políticos. Se excluían los miembros de la fuerza pública en servicio activo⁵².

La participación política en Ecuador, como en diversos países latinoamericanos, tradicionalmente ha servido como un medio de inclusión social y de favorecimiento de organización, por la cual, no solo se elige a un representante, sino que se entiende la gestión pública “(...) como la organización y el manejo de una serie de recursos organizativos, financieros, humanos y técnicos, dirigida a proporcionar a los distintos sectores de la población (...) sus respectivas necesidades de bienes individuales y colectivos, y estimular potencialidades de desarrollo” (Moncada, 2009).

Sin embargo, adicionalmente, la participación debe ser entendida como una forma de intervención social que genera responsabilidad y pertenencia en los individuos, reconociéndose, a sí mismos, como actores, capaces de convertir intereses y expectativas en una actuación colectiva con autonomía y discrecionalidad (Moncada, 2009); criterios que fueron discutidos intensamente dentro de la Asamblea, para concluir adoptando, de esta forma, dos nuevos logros dentro de la participación política de la ciudadanía en Ecuador: el primero de ellos tiene que ver con el voto facultativo de jóvenes mayores de 16 años de edad y, el segundo, reformula el antiguo dogma político que impedía sufragar a los miembros de la fuerza pública.

De esta manera, Ecuador rompe con la teoría clásica de la participación política y al definir estos nuevos actores, plantea novedosas estrategias que permitirán el resurgimiento del interés político en la ciudadanía, generando nuevas bases electorales que otorgaran mayor legitimidad democrática al nuevo sistema político de representación y participación ciudadana.

Migrantes, globalización y democracia.

En los últimos años, la teoría política contemporánea ha discutido intensamente sobre el concepto de ciudadanía y su relación con el ejercicio

52 Constitución Política del Ecuador (1998), publicada en el Registro Oficial N° 001 de 11 de Agosto de 1998, Art. 26 y 27.

efectivo de los derechos. Al respecto se ha planteado la necesidad de ir abandonando, de forma paulatina, la idea de ciudadanía como pertenencia para pasar a un concepto de ciudadanía vinculado a la idea de participación en los asuntos públicos.

La primera tiene su origen en la teoría clásica del Estado, entendido éste como la unión entre población con idioma, religión y cultura homogénea, identidad territorial⁵³ y soberanía, mientras la segunda se basa en las ideas del cosmopolitismo habermasiano de la democracia como deliberación.

En ese sentido, la historia constitucional latinoamericana y particularmente la ecuatoriana nos enseña que nuestros juristas y teóricos del derecho se han mantenido, así queda expresado en los textos constitucionales desde la independencia, en una visión estatalista de la ciudadanía estrechamente vinculada a la idea de la construcción de una identidad nacional, basada en la pertenencia a esa cultura católica, castellano-hablante, civilizada y mestiza.

Sin embargo, como ha explicado muy bien Boaventura de Sousa Santos, esta visión hegemónica de la ciudadanía ha entrando en crisis en los últimos 40 años, a partir de fenómenos como la globalización del modelo capitalista de mercado y se ha agudizado con los intensos procesos migratorios que han acompañado esta situación y que han transformado profundamente las visones y proyectos tradicionales de vida de quienes han debido sufrir este intenso proceso de cambio social (Santos, 2006). En el caso de los ecuatorianos, la debacle del modelo político oligárquico mercantil expulsó, a partir de los años 90, y en menos de una década, a casi 2 millones de ecuatorianos que han partido hacia EE.UU. y Europa en busca de nuevos horizontes y oportunidades, llevando consigo tanto sus ilusiones de mejoramiento de calidad de vida como sus propios códigos culturales tradicionales.

Aparte de la adaptación al idioma y la cultura de las sociedades receptoras, uno de los principales problemas de adaptación e incorporación a la nueva vida es la imposibilidad de nuestros migrantes tanto de partici-

53 Entendido aquí el territorio como aquel espacio donde se realizan las prácticas culturales de una determinada población.

par eficazmente en los asuntos públicos de sus nuevas sociedades de acogida, así como, y lo que aquí más interesa, el mantenimiento de sus vínculos políticos con el Ecuador. En el caso ecuatoriano la situación anterior a la Constitución de 2008 era muy grave, toda vez que, aparte de la vulnerabilidad social y la dificultad de participar en la vida política y social de sus nuevos países, se les negó, en la práctica, el ejercicio pleno de sus derechos políticos y de participación en lo que al Ecuador atañe, por cuanto no existían, hasta la promulgación de la nueva constitución, mecanismos de garantía de sus derechos de participación.

Tomando en consideración este contexto histórico y filosófico, uno de los objetivos más importantes en el debate constituyente fue justamente corregir esta situación discriminatoria, pero lo cual, en primera instancia, se convocó a la participación de los migrantes para elegir a los asambleístas y se incorporó en las mesas temáticas el punto de los derechos políticos de este importante grupo poblacional.

Al finalizar el proceso constituyente, los resultados son tangibles: se incorporó al texto constitucional el concepto de ciudadanía universal, se interiorizó como parte del discurso de la democracia participativa, la idea de la eliminación de la identidad ciudadanía-pertenencia y su reemplazo emergente por la sinonimia entre ciudadanía y participación; asimismo, se incorporó en el capítulo de los derechos de participación, un conjunto de novedosos mecanismos de participación política que involucra a los extranjeros y migrantes⁵⁴ y formas específicas de ejercicio del derecho al voto, tanto activo como pasivo, a través del reconocimiento del derecho al voto facultativo para los migrantes, y la creación de una circunscripción especial internacional⁵⁵ y la posibilidad de presentar candidaturas para cualquier cargo de elección popular; esto representa un avance cualitativo en el entendimiento del derecho al sufragio, por cuanto les da la posibilidad de mantener el vínculo cívico con su país de origen.

Esto, por supuesto, unido al otorgamiento de derechos políticos generales a los extranjeros residentes en el Ecuador, supone una transforma-

54 Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, artículo 61

55 Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, artículo 63

ción radical de la manera de entender la vinculación de las personas al Estado y la sociedad, ya que nunca más ésta dependerá de su vínculo de origen con el territorio sino que estará enlazada, por primera vez, en una Constitución latinoamericana, a la presencia de un ánimo cosmopolita de participar y de mantener su vínculo jurídico y social con los asuntos públicos que interesan al conjunto de los ecuatorianos.

El voto facultativo de miembros activos de la fuerza pública.

La Carta Magna de 1998 restringía claramente el derecho a sufragar de los miembros en servicio activo de la fuerza pública. Esta restricción tiene una base práctica y teórica de gran alcance, que tiene como antecedente la clasificación de especialidades que Platón realiza en su obra: “La República”.

Platón distingue, como se dijo anteriormente, tres clases de hombres que nacen de la propia naturaleza: el primero de ellos es el hombre de oro, el hombre que debe dedicarse al gobierno de la ciudad; le sigue el hombre de plata, que es auxiliar del gobierno y es el guardián de la ciudad, mientras el hombre de hierro y bronce es el labriego y artesano. Cada uno de ellos realiza una actividad determinada, que ninguno puede usurpar del otro, así, las decisiones del gobierno deben ser emitidas por el hombre de oro, mientras el guardián o el hombre de plata solo debe buscar la manera de hacerlas cumplir y proteger la ciudad de amenazas externas (Platón, 1988).

Así, esta concepción del guardián de la ciudad fue trasladada hasta nuestros tiempos, donde la fuerza pública actúa como agente de la autoridad y tiene como obligación el hacer cumplir los mandatos de la autoridad pública. Las Fuerzas Armadas son las guardianas de la democracia y protegerán al país ante cualquier amenaza interna o externa, por lo que la Constitución de 1998 las determinaba como obedientes y no deliberantes, precepto que servía como escudo para restringir su participación dentro de comicios electorales, ya que, al ser obedientes, no podían, al mismo tiempo, tomar decisiones respecto de la cuales pudieran o no estar de acuerdo, simplemente debían disponer su cumplimiento. Esto también

evitaría que la fuerza pública, al no formar parte de la toma de decisiones, contradiga las órdenes impartidas por sus superiores, evitando posibles motines, levantamientos o golpes de Estado; sin embargo, la historia del Ecuador ha demostrado lo contrario.

La Constitución del 2008 reconoce la participación política facultativa de los miembros en servicio activo de la fuerza pública. Este criterio trajo opiniones encontradas, sin embargo, fue una realidad y aproximadamente 37 mil miembros de la Policía Nacional ejercieron el derecho al voto facultativo, mientras 52 mil efectivos de las Fuerzas Armadas estuvieron listos para votar. Así, se da un hito histórico en la vida democrática de Ecuador donde, siguiendo la opinión de Protágoras, el pueblo, en general, puede ejercer su derecho al voto, sin limitaciones o restricciones de cualquier tipo, convirtiendo a la fuerza pública en nuevo actor político.

El voto facultativo de los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad

Ecuador es signatario de la Declaración de los Derechos del Niño y ha garantizado todos sus derechos dentro de diferentes cuerpos normativos de carácter infra-constitucional. La Constitución de 1998 declaraba que todos los ecuatorianos eran ciudadanos, lo que incluía a los niños.

El ejercicio de la ciudadanía implica asumir las obligaciones contenidas en los instrumentos normativos que regulan al Estado y a la sociedad, así como, igualmente, exigir el cumplimiento y protección de sus derechos. Esta premisa general de la doctrina constitucional se consagró en la constitución de Montecristi, cuando se logró garantizar la protección y la participación de la niñez y adolescencia en la toma de decisiones, otorgando el voto facultativo para adolescentes mayores de 16 años.

Esta decisión no fue tomada de manera ligera o irresponsable, por el contrario, es el resultado de investigaciones y arduo trabajo de cabildeo político local e internacional. Durante los últimos 20 años se ha generado un proceso de importantísimo relieve en la protección y garantía de los derechos de los niños y adolescentes, comenzando con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) donde se habla de la pro-

tección integral de las niñas, niños y adolescentes; igualmente, la elaboración del Código de la Niñez y Adolescencia en el 2003, que permitió el desarrollo de los derechos de participación de los niños y adolescentes.

La idea de incrementar la base electoral, aumentando el campo de acción de los niños y adolescentes, otorgándoles el voto facultativo, no solo resulta una estrategia para generar propuestas de cambio de este novísimo actor social, hoy devenido en actor político, y así obtener aún mayor legitimidad democrática, sino que, también, es un gran avance en el cumplimiento de los derechos de este grupo social, pues uno de los objetivos propuestos en los programas de educación es el de preparar a niñas, niños y adolescentes para ejercer una ciudadanía responsable, en una sociedad libre, democrática y solidaria, para desarrollar un pensamiento autónomo, crítico y creativo⁵⁶.

De esta manera, la participación de los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad en los comicios generales del 26 de abril del 2009, creó grandes expectativas dentro de la situación política del país, pues los candidatos a las diferentes dignidades establecieron programas y proyectos guiados a obtener el interés y voto de este grupo social, incentivando a los adolescentes a participar, manifestando su voluntad política y generando un sentimiento de pertenencia y responsabilidad social (CNE, 2009).

De esta manera, la Constitución de Montecristi ha producido nuevos espacios de reflexión, discusión y propuestas para los jóvenes que, mediante el voto, podrán participar en la toma de decisiones y, además, podrán ser representados por las personas que más crean convenientes para sus propios intereses y los de la comunidad, generándose, de esta manera, nuevos actores políticos y redefiniendo renovados campos para la discusión y participación democrática.

⁵⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 del 3 de Enero de 2003, Art. 38

Cambios profundos para una democracia participativa

Si bien la antigua Grecia fue la que impulsó el principio de la democracia directa, fueron eventos externos, como la complejidad de la sociedad y las dificultades demográficas, los que llevaron a que el sistema político contemporáneo adopte el modelo de democracia representativa, buscando resguardar los elementos esenciales de la democracia. A pesar de aquello, surgieron nuevos actores, demandas, procesos sociales y políticos que exigieron de la democracia representativa mayor legitimidad democrática, proveniente de la participación política de los individuos de la sociedad.

Esta participación trajo buenos resultados al momento de su aplicación, sin embargo, y luego de un considerable periodo, en muchos países de Latinoamérica y en la mayoría de democracias desarrolladas, los sistemas políticos enfrentan un problema de gran magnitud: el abstencionismo. Cada vez menos personas se acercan a tomar decisiones o elegir a sus representantes en comicios electorales; dicho fenómeno tiene como base la falta de interés de los ciudadanos por la inexistencia de nuevas propuestas o incentivos que generen su participación. Esto conlleva un grave riesgo, pues el abstencionismo limita la legitimidad democrática, requisito necesario en toda democracia representativa, pues no solo otorga el poder de gobierno a las personas elegidas, sino que, también, permite el control de los gobernados sobre los gobernantes.

Esto ha llevado a que países como Ecuador generen propuestas innovadoras que incentiven la participación de un mayor número de electores, recobren y, a la vez acrecienten, la base de legitimidad democrática. Por medio del voto facultativo de miembros en servicio activo de la fuerza pública, los migrantes y jóvenes mayores de 16 años, se intenta estimular el interés de la población en los temas políticos y además generar nuevas propuestas provenientes de los candidatos de elección popular, pues tienen nuevos electores a quienes demostrar proyectos que resulten convenientes para su agenda particular de demandas.

Las innovaciones constitucionales en el Ecuador responden a la necesidad de enfrentar el déficit democrático que ha generado un sistema de democracia representativa deslegitimado, mediante transformaciones profundas que renueven la legitimidad democrática de los gobiernos.

Ecuador asumió, como propuesta re-legitimadora, la ampliación de la base electoral mediante el voto facultativo de los jóvenes entre 16 y 18 años, de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y de los migrantes ecuatorianos.

Sin embargo, la pérdida de fe ciudadana en la institucionalidad de la política pública requiere esfuerzos de mayor envergadura que van más allá de la inclusión de nuevos electores. Es preciso una redefinición de los roles de la institucionalidad abriendo nuevos espacios de participación ciudadana en la definición de los intereses de la cosa pública, creando, por ejemplo, mayores y renovados vínculos entre la formación de la ley y las legítimas necesidades ciudadanas, posibilidad que brinda, por ejemplo, la consulta pre legislativa, en relación con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro descendientes y montubios. Esta redefinición de las reglas del juego, de llegar a aplicarse, necesariamente restablecerán la legitimidad de la ética en los liderazgos y la confianza en la nueva institucionalidad constitucional, caso contrario, eventualmente podrían transformarse en un motivo para persistir en el desencanto y la desestabilidad institucional, de amplia tradición en la historia política del país.

Capítulo IV

Derechos controversiales en una democracia constitucional

Si en un principio se aseveró que las transformaciones profundas gozan de una alta carga democrática en relación a la participación de un movimiento ciudadano auto-consciente de los cambios necesarios en su sociedad, es también necesario entender que estas transformaciones “corresponden a la irrupción de las masas en la política: no es cuestión de vanguardismo, sino de movimientos profundos de las sociedades, bruscos y rápidos, ciertamente, pero que corresponden a elementos profundamente arraigados” (Skocpol, 1987). Esta irrupción de las masas o la sociedad en la política, tiene dos ejes de participación, primero la capacidad social de auto-organización colectiva y, por otro, la posibilidad real de poder plasmar sus ideas en medios de comunicación. Así por ejemplo, los *philosophes*, en la Francia monárquica anterior a 1789, plasmaron sus ideales por medio de la imprenta (Skocpol, 1987), lo que generó una crítica hacia el Estado Monárquico de la época y un avance acerca del orden natural de sucesión, lo que permitió la tan anhelada auto-organización comunitaria de la sociedad que logró la Revolución Francesa. Con este antecedente histórico, es necesario considerar el derecho a la libertad de expresión como elemento emergente y requisito indispensable para lograr cambios sociales. En el mismo sentido, es necesario considerar que el derecho a la libertad de expresión es amplio y complejo por su naturaleza. Resulta necesario, entonces, revisar las garantías al ejercicio del derecho con relación a los medios masivos de comunicación y algunas tensiones o colisiones entre derechos fundamentales derivados de dicho

ejercicio como, por ejemplo, el derecho a la información. Este énfasis analítico tiene como objetivo identificar elementos que apoyen una lectura adecuada de hechos y situaciones que han ocurrido en algunos países latinoamericanos, entre ellos el Ecuador, y que se manifiestan, entre otros aspectos, en discrepancias entre algunos actores sociales, empresariales y políticos.

Sobre estos hechos existen posturas encontradas: unas que atribuyen una vocación autoritaria, y otras que reivindican una vocación democrática en determinados regímenes de países como Venezuela, Bolivia y Ecuador, que sostienen programas gubernamentales de cambio del modelo neoliberal, y que, dentro de dicho proceso, sostienen confrontaciones con algunos medios de comunicación. No obstante, otros países como Argentina, Colombia o Perú, que mantienen otros regímenes políticos, son también acusados de presión y persecución a los medios.

Por otro lado, los campos discursivos de disputa parecen estar marcados por un resurgimiento de viejos debates sobre democracia y gobernabilidad, cambio y revolución, el rol de los medios de comunicación social, legitimación de los poderes públicos y de los medios de comunicación, todo lo cual se ve matizado con denuncias de parte y parte sobre autoritarismo gubernamental y falta de imparcialidad e independencia de los medios de comunicación. En medio de todo esto, se encuentra un público expectante al que se le hace difícil procesar esta confrontación que, con el tiempo, ha adquirido dimensiones e intensidades poco predecibles. En el caso ecuatoriano, el gobierno del presidente Rafael Correa, desde el inicio de su mandato el 15 de enero del 2006, sostiene críticas públicas, reiteradas y sistemáticas en relación a algunos medios de comunicación, debido a una supuesta vinculación ilegítima de éstos con sectores políticos y económicos representantes del poder hegemónico nacional (Lucas,

57 Kintto Lucas, un reconocido periodista uruguayo-ecuatoriano residente desde hace muchos años en Ecuador, escribía un artículo denominado “Correa en guerra a diario con los medios de comunicación”, en el que hace relación a los frecuentes enfrentamientos que mantiene el presidente Correa con periodistas. Entre éstos, está la demanda por injurias interpuesta por Correa en contra del diario *La Hora*, de Quito, en cabeza de su director y propietario, el empresario Francisco Vivanco, a raíz de la publicación del artículo denominado *Vandalismo Oficial*, en el cual se lo acusa de gobernar con tumultos, palos y piedras. El presidente de Ecuador también ha señalado, en varias oportunidades, la relación de algunos medios de comunicación con gru-

2007)⁵⁷; vinculación que se expresa, de acuerdo al mandatario, en la existencia de oligopolios que manejan, de manera interesada, los espacios de opinión e información, desfigurando el papel de los medios de comunicación y afectando el derecho ciudadano a tener una información veraz e imparcial. Por su lado, algunos medios de comunicación sostienen una línea editorial y noticiosa abiertamente confrontativa con el régimen, y denuncian, de su parte, actos de autoritarismo, persecución y presión a los medios de comunicación.

A pesar de la permanente confrontación con los medios, la gestión en general del Presidente de la República está acompañada de un alto margen de aceptación popular, y, en el caso específico, impulso algunas medidas judiciales como, por ejemplo: la inconstitucionalidad de las leyes que instituían la agremiación obligatoria a colegios de profesionales, entre ellas, los artículos 9, inciso tercero, y 27 de la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, publicada en el Registro Oficial N.º 900 del 30 de septiembre de 1975, que obligaba a los periodistas a afiliarse a un Colegio de Periodistas para ejercer la profesión; inconstitucionalidad que fue declarada por el Tribunal Constitucional ecuatoriano mediante Resolución 0038-07-TC del 5 de marzo del 2008.

pos financieros, lo cual está prohibido por ley. El canal TC Televisión y otros medios pertenecen a la familia Isaías, históricamente vinculada al Filanbanco, una de las entidades crediticias que dieron quiebra y fueron asistidas por el gobierno de Jamil Mahuad (1998-2000). El canal Teleamazonas es propiedad de Fidel Egas, accionista mayoritario del Banco del Pichincha, la mayor entidad financiera del país, y de la casa emisora en Ecuador de la tarjeta de crédito transnacional Diners, además de revistas de variedades. Con acusaciones de que los medios de comunicación no entregan información veraz, el gobernante anunció, por esos tiempos, un estudio sobre la forma de entrega de las concesiones de las frecuencias de radio y televisión en Ecuador porque, a su entender, han existido irregularidades en el pasado. Explicó, además, que una de las paradojas es que mientras el Estado es dueño del espectro radioeléctrico, no hay lugar para poder instalar un canal de televisión público. Pidió a la población, también, que deje de creer en los medios de comunicación que mantienen vínculos empresariales. La respuesta no se hizo esperar. Carlos Vera, conductor del noticiero de Ecuavisa, acusó a Correa de ser aprendiz de un *dictocrata* como (el presidente venezolano) Hugo Chávez. En el 2010, el Presidente Correa no ha cesado en sus críticas a los medios de comunicación: TC televisión fue incautada por la Agencia de Garantías de Depósito por deudas que tienen origen en el feriado bancario; abrió el canal 11 y una radio, como medios estatales; Teleamazonas fue sancionada pecuniariamente por la Superintendencia de Telecomunicaciones y podría enfrentar una sanción más drástica por reiteración de incumplimientos a la ley, aunque luego un juez dejó sin efecto la sanción y el caso está bajo conocimiento de la Corte Constitucional y, se concluyó el informe sobre la concesión de frecuencias que arroja la identificación de numerosas irregularidades en dicha concesión.

En la agenda pública ecuatoriana, la confrontación en torno a estos temas es cotidiana e intensa, poniendo a debate la vigencia de la libertad de expresión en el Ecuador, así como temas íntimamente relacionados como son: la falta de certeza y la confusión que reina sobre cuáles son los alcances y los límites de los derechos constitucionales relacionados con la comunicación, y también sobre cuáles son las responsabilidades, atribuciones y límites que tienen los poderes públicos respecto de tales derechos.

Con el fin de brindar elementos para la reflexión frente a hechos complejos como los relatados, y dejando expresa constancia que este análisis de carácter académico no compromete mi criterio personal como juez y presidente de la Corte Constitucional, en funciones, en la eventualidad que deba tomar decisión jurisdiccional sobre aspectos relacionados con estos temas; procederé a analizar comparativamente los principales elementos configuradores del derecho a la libertad de expresión, según los instrumentos internacionales de Europa y América, que son: el Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–; así como la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, la Corte Constitucional colombiana, relevante por su labor interpretativa en el tema que nos ocupa; algunas sentencias importantes del Tribunal Constitucional del Perú, de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela y una muy escasa jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema.

La libertad de expresión en los estándares de derechos humanos en América y Europa

El derecho a la libertad de expresión, como prescripción general y universal, constituye para el mundo occidental uno de los pilares sobre los que se asientan sus regímenes políticos democráticos.

Si damos una mirada a los instrumentos de derechos humanos en Europa y las Américas, encontramos que una base común, aunque marcada por matices claramente diferenciables en uno y otro continente, es el vínculo estrecho que se teje entre libertad de expresión y democracia.

La libertad de expresión es entendida en los instrumentos de derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de las convenciones (El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH), como un elemento esencial para la vigencia de la democracia y, como tal, será considerado a la hora de garantizar su validez, de interpretar sus contenidos o de resolver tensiones entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales⁵⁸.

Los matices en su tratamiento, en uno y otro continente, vienen dados por el grado de protección que se otorga a la libertad de expresión como elemento esencial de la democracia, respecto de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o al buen nombre, por ejemplo.

En efecto, en Europa, debido a la terrible experiencia que representaron las dos guerras mundiales, la libertad de expresión parece encontrarse estrechamente vinculada con la dignidad humana, mientras que en América (Mendoza Escalante, 2007: 161)⁵⁹, por los resguardos que se otorgan a la democracia y las concepciones marcadamente liberales, vigentes en los Estados Unidos de Norteamérica, parece brindarse a la libertad de expresión un alto grado de garantía, incluso frente a otros derechos, lo que se verá más adelante en los argumentos contenidos en la amplia jurisprudencia de los tribunales respectivos.

Aunque no puede sostenerse que sean dos posiciones diametralmente encontradas o que sean las únicas, sí se pueden apreciar diversas posturas

58 El TEDH se ha pronunciado en varias causas sobre este tema. Solo por mencionar un par de casos, en la Sentencia dictada el 29 de junio del 2004, caso *Chauvy y c. Francia*, el Tribunal, al analizar el papel que juega la prensa en una sociedad democrática, recuerda que la búsqueda de la realidad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión, que la entiende como el balance entre el interés público por el conocimiento de las circunstancias de los hechos y el imperativo de la protección de la reputación [de los particulares]. Revista Europea de Derechos Fundamentales. N.º 5/1. Semestre 2005. Valencia. Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta. En el caso *Dabrwski c. Polonia*, sentencia del 19 de diciembre del 2006, el Tribunal evocó la función de “perro guardián” de la prensa. Revista Europea de Derechos Fundamentales. N.º 8/2. Semestre 2006. Valencia. Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta.

59 Esto no quiere decir que exista una negación de la dimensión institucional del derecho a la libre expresión. El Tribunal Constitucional alemán, en el caso Lutch, del 15 de enero de 1958, sostuvo que la libertad de expresión “es constitutiva, por antonomasia, del ordenamiento del Estado liberal democrático, puesto que posibilita, ante todo, la discusión permanente del pensamiento, la contienda de opiniones, que es su elemento vital.

que entienden de diferente manera a la libertad de expresión. Entre ellas, está aquella que la concibe como un “libre mercado de ideas”⁶⁰; otra que la considera un mecanismo para controlar los abusos de poder y asegurar el Estado de derecho; otra que la ve como una garantía de la existencia de un debate público, vigoroso y pluralista; otra que la entiende como elemento esencial para la formación de una voluntad democrática informada (Uprimny, et. Al, 2006: 7-8)⁶¹, y otra que la ve como un componente de la autonomía personal y una dimensión de la libertad individual.

La concepción estadounidense sobre libertad de expresión, claramente influenciada por la tesis del “libre mercado de ideas”, entiende que el Estado debe asegurar que las ideas puedan circular libremente para que las mejores triunfen en su confrontación con las otras (Mendoza Escalante, 2007: 114)⁶². La concepción sobre el equilibrio de poderes entiende a la prensa como una especie de cuarto poder que, gracias a su capacidad de denuncia de los atropellos, controla los eventuales abusos de los tres poderes estatales y actúa como contrapeso de los mismos. En la concepción democrática, la libertad de expresión está en el núcleo de la formación de una opinión libre al permitir el autogobierno de la sociedad democrática, porque da lugar a que las personas y los grupos políticos y sociales hagan propuestas y traten de cautivar mayorías, por lo que sin libertad de expresión no hay democracia. La concepción autonomista, por su parte, considera que la libertad de expresión asegura que los individuos puedan expresar lo que piensan, puedan difundir la información que posean y puedan perseguir la información que consideren necesaria para su desarrollo autónomo, para su libre desarrollo de la personalidad (Uprimny, et. Al, 2006).

Las concepciones que establecen un estrecho vínculo entre libertad de expresión y democracia, han permeado a numerosas resoluciones, tanto de tribunales de derechos humanos como de tribunales nacionales, tal es el caso de la Corte Constitucional colombiana que sostiene:

60 Metáfora utilizada por el Juez Holmes en su voto disidente en el caso *Abraham vs United States* de 1919. *Libertad de prensa y derechos fundamentales...*

61 Tesis contenida en el célebre caso: Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Ney York Time v. Sullivan* de 1964.

62 El constitucionalismo norteamericano, adicionalmente, comprende a la libertad de expresión bajo la noción de *symbolic speech*, que son conductas cuyo objeto es expresar una opinión o un pensamiento.

La libertad de expresión es un derecho preferente en las democracias constitucionales, como lo han señalado la Corte Constitucional y otros tribunales constitucionales de otros países, porque además de tener, al igual que el resto de derechos fundamentales, un valor intrínseco, tiene igualmente un valor instrumental considerable, ya que cumple funciones muy importantes en una sociedad democrática (Uprimny, et. Al, 2006).

Afirmaciones similares las podemos encontrar en pronunciamientos jurisdiccionales realizados, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente N.º 0010-2002-Al, 03/10/03, P, FJ.87) donde se argumenta que:

Las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de la opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Más allá de la configuración del derecho a la libertad de expresión en los regímenes democráticos, los instrumentos de derechos humanos de América y Europa, desde mediados del siglo XX, se esforzaron por delinear los contenidos esenciales de este derecho, labor que se ha visto complementada con la abundante jurisprudencia de sus tribunales de justicia y con la recepción que se ha hecho, tanto en la legislación doméstica como en la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales.

Tanto la Convención Europea de Derechos Humanos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos conciben la libertad de expresión como un derecho atribuible a toda persona sin distinción. Con distinta formulación retórica, entienden que este derecho comprende, distintivamente, la libertad de opinión o de pensamiento y la libertad de información. Establecen un conjunto de responsabilidades, formalidades, condiciones, limitaciones e incluso sanciones, que garanticen su ejercicio, así como la posibilidad de admitir límites al ejercicio del derecho por ra-

zonas de seguridad nacional o pública, defensa del orden, prevención del delito, el derecho ajeno, la moral, la reputación.

Los derechos de acceso a la información, resguardo de la fuente, fundación de medios masivos de comunicación, comunicación por cualquier medio, así como prohibiciones de censura, autorización previa para fundar medios masivos de comunicación y, entre otros, apología de la guerra, del delito o de la discriminación, complementan dicha configuración del derecho y establecen parámetros con los que se evalúa su vigencia y su relación con los demás derechos fundamentales, en casos de tensiones o colisiones.

Refiriéndonos a la recepción de este derecho en las legislaciones nacionales, el ordenamiento jurídico ecuatoriano del 2008 está, hasta estos momentos, formulado de manera desigual. Por una parte, la Constitución que entró en vigencia en octubre del 2008, lo formula como derecho a “la comunicación e información”, vinculado estrechamente a los demás derechos y a principios que promueven la inclusión, la participación y la descentralización⁶³ en su ejercicio. En contravía, la legislación secundaria, aún vigente, se sustenta en una concepción liberal de la comunicación, de las telecomunicaciones, así como del manejo del espectro radioeléctrico, en donde no aparece su vinculación con los derechos fundamentales.⁶⁴

En este sentido, el artículo 16 de la Constitución del Ecuador entiende que el derecho a la comunicación e información es atribuible a toda persona en forma individual o colectiva, y comprende:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos; 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación; 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas; 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad; 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

El artículo 17 remarca la obligación del Estado de fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación, garantizando la asignación de frecuencias para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas; facilitar la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación; impedir el oligopolio o monopolio, directo e indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

El artículo 18 determina que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior; 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información, excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

El artículo 19 prescribe que la ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente, así como prohibirá la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política, y toda aquella que atente contra los derechos.

Por último, el artículo 20 establece la obligación del Estado de garantizar la cláusula de conciencia a toda persona, así como el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones

63 En relación a este enfoque: Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Arts. 16.5; 61.2; 85.3; 95; 96; 260; 262.1; 262.6; 263; 264; 275; 276; 278; 316; 340; 384.

64 En relación a este enfoque: Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Arts. 261.10 y 313 a 316

a través de los medios u otras formas de comunicación o laboren en cualquier actividad de comunicación.

Este amplio marco de delimitación del derecho a la comunicación e información, por supuesto que no encuentra reflejo o complemento en la Ley de Radiodifusión y Televisión creada por la dictadura militar, mediante decreto supremo⁶⁵ en 1975. Esta Ley está atravesada por varios enfoques que, aunque ha sufrido matices y cambios importantes por las reformas⁶⁶ parciales realizadas, sigue reflejando en lo sustancial: a) una vocación de control sobre los actores del sector; b) la articulación de una institucionalidad jerarquizada, centralizada, concentradora, poco participativa, sin mecanismos de control y absolutamente dependiente del Poder Ejecutivo, concepción propia de la racionalidad castrense de la década de los setenta; y c) una comprensión de la radio y la televisión principalmente como actividades tecnológico-comerciales. La ley se centra en regular concesiones, instalaciones, potencias, producción y propiedad comercial de contenidos, en tanto que la responsabilidad social de los medios se agota en dar espacios para la difusión, en cadena, de los mensajes oficiales.

Lo anterior nos permite afirmar que en Ecuador existe una legislación secundaria anacrónica por sus enfoques y contenidos, con relación a una Constitución garantista que se empeña en ampliar y profundizar los derechos, a los que considera como su contenido sustancial.⁶⁷ Esta situación de controversia jurídica deberá ser resuelta en su momento, sea por vía de modificación legislativa o por vía de control de constitucionalidad, al que se puede aplicar la disposición vigente de derogatoria de norma secundaria en conflicto con la Constitución⁶⁸.

65 Ley de Radiodifusión y Televisión, promulgada mediante Decreto Supremo N.º 256-A, por el General Guillermo Rodríguez Lara, 18 de abril de 1975.

66 Instrumentos que contienen reformas a la Ley de Radio y Televisión: 1) Ley Reformatoria a la Ley de Radiodifusión y Televisión, s/n, Registro Oficial 691, 9-V-95; 2) Decreto Ley 2000-1, Suplemento del Registro Oficial 144, 18-VIII-2000; 3) Ley 89-2002, Registro Oficial 699, 7-XI-2002.

67 Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, artículo 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos (...)”.

68 Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, artículo 436, número 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 o autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo”.

Ámbito constitucional protegido

Tanto en la jurisprudencia del TEDH como de la CIDH, encontramos un importante desarrollo del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión.

Siendo relevante esta labor jurisprudencial, en el presente trabajo consideramos importante resaltar la labor de recepción realizada por los tribunales nacionales, particularmente la labor jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, que en Sudamérica ha trabajado de manera intensa y edificante el tema que ahora nos ocupa, frente a una lamentable y escasa jurisprudencia ecuatoriana. En esta parte, seguiremos el amplio e interesante estudio realizado por Rodrigo Uprimny *et.al.*, sobre *Libertad de expresión y derechos fundamentales*, resaltando, específicamente, los temas relacionados con libertad de expresión y medios de comunicación.

En este sentido, es importante destacar que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una amplia labor jurisprudencial de delineamiento de los umbrales y contornos del derecho a la libertad de expresión, a partir de las prescripciones contenidas en las principales doctrinas, instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia relevante en el tema. Así, el derecho es entendido en sus múltiples y diversas dimensiones. Partiendo de que los derechos de opinión y de información son componentes esenciales del derecho a la libertad de expresión, al momento de analizar el derecho a la información lo entienden, integralmente, como derecho de “doble vía”, como vehículo para la realización de debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; como elemento decisivo para la formación de la opinión pública; como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, así también, como elemento fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sobre la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, la Corte Constitucional colombiana ha indicado:

El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países, y que es impor-

tante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así al engaño a los receptores de información. Sentencia T-66/98. En el mismo sentido: Sentencias T-332/93, T-552/95, T-602/95, T-472/96. (Uprimny, et. Al, 2006: 14).

Al momento de analizar el ámbito constitucional protegido, la Corte colombiana considera que el bien jurídico tutelado por el derecho a la información no es exclusivo ni prioritariamente el derecho subjetivo del comunicador a transmitir una determinada información, sino que, a través de este derecho, lo que se protege es que el proceso de comunicación de la información sea verdaderamente libre, pluralista e igualitario. De esta manera, la Corte dibuja un necesario contorno del derecho que lo fija como garantía ciudadana y no como derecho subjetivo. Y esto es así por cuanto la información, como acción, se encuentra sujeta al control de veracidad y autenticidad, y así lo entenderá la Corporación colombiana en varias causas resueltas.

Para la Corte Constitucional, el derecho a la información, en tanto derecho fundamental, es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible e inviolable⁶⁹. A su vez, la libertad de información es entendida como un derecho de “doble vía”, que garantiza, tanto el derecho a informar

69 Entre otras, las sentencias: C-488/93, T-563/93, C-073/96, C-711/96, C-350/97, T-368/98, C-1172/01. Uprimnt, et.al. Pág. 17

como el derecho a recibir información veraz e imparcial. En este punto, vuelve a diseccionar el derecho para encontrar una dimensión individual que atañe al derecho que tiene el comunicador de informar, y una dimensión colectiva que corresponde al derecho que tiene el ciudadano de recibir información veraz e imparcial.

Adicionalmente, para la Corte colombiana, el derecho a informar incluye la protección de otros derechos, como el derecho de acceso a la información pública que, a su vez, se encuentra directamente conectado con el ejercicio del derecho de petición, la libertad de expresión artística y literaria, la prohibición de la censura previa y el derecho a fundar medios de comunicación, la reserva de fuentes, el derecho a comunicarse, el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, el derecho al acceso a la información personal y socialmente relevante y su soporte (Uprimny, et. Al, 2006: 16). En la sentencia T-066/98, la CC colombiana señala:

Una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. Además, la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues, para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia, es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital (Uprimny, et. Al, 2006)⁷⁰.

De esta manera, traza los umbrales en los que el derecho a la libertad de información se mueve, en un ámbito democrático, integrando las distintas concepciones que, sobre libertad de expresión, se han desarrollado, como veíamos en líneas anteriores.

Pero también se preocupa de marcar las reglas de garantía para el ejercicio del derecho, y entiende que toda reglamentación sustantiva de la libertad de información debe originarse en una *ley estatutaria* u orgánica,

70 En el mismo sentido, la Sentencia T-609/92.

que garantice un mayor consenso social⁷¹. Que la intervención pública en el proceso de comunicación de masas debe provenir, en principio y salvo circunstancias verdaderamente excepcionales, de autoridades imparciales, autónomas e independientes. Que el derecho a la libertad de expresión abarca también “el derecho a adoptar el medio que la persona considere más idóneo para comunicar y exteriorizar sus ideas, opiniones o pensamientos. Que la libertad de información debe realizarse conforme a dos principios esenciales que limitan este derecho: el principio de veracidad y el principio de imparcialidad”.

Para la Corte colombiana, el derecho a recibir información veraz constituye un límite inquebrantable del derecho a informar, entendiendo que la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enunciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo cual no cubre opiniones. Al no resultar fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio, pese a que, finalmente, resulten equivocadas, la Corte ha considerado que vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor, o si se trata de hechos de difícil comprobación por el emisor, el periodista o la persona los presenta como hechos ciertos o definitivos. Esta limitación, sin embargo, no significa la anulación del derecho del medio de comunicación a expresar su opinión sobre los hechos informados, sino la necesaria distinción entre hecho y opinión que dicho hecho suscita para los editores o propietarios del medio masivo de comunicación. Para la Corte, la presentación de la información, mezclando hechos y opiniones, entraña inexactitud. Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden de-

71 La exigibilidad respecto de la existencia de una ley estatutaria que asegure un alto grado de consenso social es compatible con la jurisprudencia del TEDH, asunto *Karademirci y otros*, al momento de examinar que las restricciones a la libertad de expresión deben estar claramente definidas en una ley, la cual no puede ser interpretada de forma de extender los límites a la libertad de expresión. La ley no puede interpretarse de manera extensiva ni analógicamente a las circunstancias de un caso. Así, también las injerencias admisibles, previstas en ley, solo pueden responder a “una necesidad social imperiosa (Sentencia *Arslan c. Turquía de 13 de septiembre de 2005*).

sembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero⁷². En este punto, la Corte colombiana opta por otorgar resguardo a la ciudadanía o a terceros, frente a posibles abusos del derecho a la información.

Respecto a la imparcialidad, la Corte colombiana considera que, a diferencia del principio de veracidad, “envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión” (Uprimny, et. Al, 2006). Considerando que toda interpretación tendría algo de subjetiva, la Corte considera que el Constituyente optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse, libremente, una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos, que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente. Sentencia T.080/93.

Otro elemento esencial del derecho a la libertad de expresión tiene relación con la libertad e independencia de la actividad periodística, libertad que va aparejada a la prohibición de toda forma de censura (art. 20 C. colombiana; art. 18 C. ecuatoriana). La Corte colombiana ha señalado la necesidad de diferenciar claramente entre lo que constituye un régimen de reconocimiento constitutivo y restrictivo de la actividad periodística que resulta incompatible con la libertad de prensa, y aquellas medidas que favorecen un sistema de reconocimiento meramente declarativo y protector de la misma.

Uprimny, *et.al*, resalta el trabajo de la Corte al construir una tipología para evaluar casos concretos (Mendoza Escalante, 2007: 161)⁷³. Así, en la

72 Al respecto, las sentencias: T-080/93, T-369/93, T-602/95, T-472/96, C-010/00, T-1682/00, T-634/01, T-1319/04, T-1198/04. Uprimny, et.al. Pág. 25

73 El constitucionalismo alemán, en un similar ejercicio, ha desarrollado criterios para evaluar la vigencia de la libertad de expresión en casos de tensiones con otros derechos como, por ejemplo, el derecho al honor. Entre ellos tenemos: la “fórmula de presunción” a favor de la libertad de expresión en los asuntos concernientes al interés público; el “principio de contraataque” o retorsión; la “expontaneidad del libre discurso”; la “sobre estimulación”, la “teoría de la interacción”; el principio de “acumulación de intereses” o principio de adición; el principio de “intensidad de la lesión” y el de “acusación”.

sentencia C-650/03, distingue las formas de control previo en relación con: 1. la creación de medios de comunicación (es inaceptable un régimen de autorización previa o permiso o registro para fundar un medio); 2. el contenido de la información (se considera mecanismo de censura el establecimiento de juntas o consejos de revisión previa de la información; la existencia de reglas de autorización o la prohibición de divulgar informaciones relativas a materias consideradas sensibles para determinado régimen y cuya trasgresión es sancionada con medidas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales; el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores excesivamente severos e invasivos que tienen, claramente, el efecto de provocar la autocensura, y la exclusión de ciertos medios de comunicación del mercado como represalia por posiciones adoptadas en el pasado); 3. El acceso a la información (se consideran medidas violatorias a la libertad de prensa: la prohibición de acceder a un determinado lugar, la necesidad de conseguir un permiso previo o la exigencia de que el periodista solo pueda ingresar al sitio acompañado o supervisado por una autoridad); 4. los periodistas (se considera medida de censura la exigencia de una tarjeta profesional como condición *sine qua non* para ejercer la actividad periodística; la colegiatura obligatoria en la medida en que delega en un colegio profesional la expedición de una tarjeta para ejercer legítimamente la actividad periodística o el registro constitutivo que dé a una autoridad administrativa la posibilidad de negarle el estatus de periodista o revocarle dicho estatus).

Para la Corte, otras garantías fundamentales del derecho a la información son: la presunción de buena fe, la inviolabilidad del secreto profesional, el derecho a la reserva de las fuentes, considerando que estos mecanismos pretenden no solo la protección del periodista, sino también el estímulo a un mayor profesionalismo en dicha actividad, lo cual fortalece la democracia (Uprimny, et. Al, 2006).

El Tribunal Constitucional del Perú también ha desarrollado importantes reflexiones jurídicas contenidas en sentencias que concretan y particularizan los alcances de las libertades de información y expresión, como partes sustanciales de la dignidad y desenvolvimiento libre y protegido de la personalidad de los individuos, pero que, adicionalmente, se las relaciona con los principios democráticos esenciales. Esto lo encontramos, por

ejemplo, en el Expediente N.º 0905-2001-AA, 14/08/02, P, FJ.13 donde se establece que:

[...]Las libertades de información y expresión no solo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública.

En el caso venezolano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también ha configurado el alcance de los derechos a la libertad de expresión y comunicación en donde, además de reiterar la doctrina de la CIDH sobre el derecho y el enfoque democrático del mismo, pone énfasis en un aspecto comúnmente olvidado que es el de la responsabilidad de los titulares de los derechos cuando hacen uso de los mismos. En ese sentido, en la sentencia 571 del 27 de abril del 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia analiza que la Constitución establece en sus artículos 57 y 58 dos derechos diferentes, que son: el derecho a la libre expresión del pensamiento, y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial y sin censuras.

El primero de estos derechos permite a todas las personas expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, de viva voz, por escrito, en forma artística, o mediante cualquier medio de comunicación o difusión. Pero quien hace uso de ese derecho de libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado (artículo 57 aludido), responsabilidad que puede ser civil, penal, disciplinaria o de cualquier otra índole legal.

El segundo derecho, establecido en el artículo 58 constitucional, al instaurar la información veraz e imparcial, como forma de comunicación libre y plural (derecho a la libertad de expresión), “también prevé que ésta comporte los deberes y responsabilidades que indique la ley, y así como las informaciones inexactas o agraviantes dan derecho a réplica y rectificación a favor de la víctima, también dan derecho al agraviado a ejercer las acciones civiles y penales, si el medio informativo lo afecta ilícitamente

te.” De allí que, la información masiva que comunica noticias por prensa, radio, vías audiovisuales, internet u otras formas de comunicación, puede originar responsabilidad de quienes expresen la opinión agravante, atentatoria a la dignidad de las personas o al artículo 60 constitucional, por ejemplo; o de los reporteros que califican y titulan la noticia en perjuicio de las personas, lesionando, sin base alguna, en el meollo de la noticia expuesta, el honor, reputación, vida privada, intimidad o la imagen de las personas; e igualmente, puede generarse responsabilidad en los editores que dirigen los medios y que permitan la inserción de noticias falsas o de calificativos contra las personas, que no tienen relación con el contenido veraz de la noticia o que atienden a un tratamiento arbitrario de la misma, en detrimento del honor de los ciudadanos, tal como sucede cuando a las personas que no han sido acusadas penalmente, se las califica en las informaciones de: corruptos, asesinos o epítetos semejantes.

En estos casos, el accionante puede acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar que se condene, civil o penalmente, a quienes hayan lesionado su honor y reputación, teniendo en cuenta, el juzgador de la causa, la racionalidad que debe ponderar entre la aplicación de los derechos del reclamante y el de la libertad de expresión.

En el caso ecuatoriano, la labor jurisprudencial del antiguo Tribunal Constitucional se veía impedida debido al modelo de control constitucional establecido en la Constitución de 1998, que no le otorgaba al Tribunal Constitucional funciones jurisdiccionales para hacer cumplir sus decisiones. Sus resoluciones, al no ser sentencias vinculantes, no sentaban jurisprudencia y tampoco precedente obligatorio, todo lo cual, lo tornaba en un órgano cuasi administrativo. Sin embargo, el Órgano de control constitucional ecuatoriano, adoptó la Resolución 038-07 TC del 5 de marzo del 2008, mediante la cual, declaró la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y demás normas que contemplaban la agremiación obligatoria, entre ellas, los artículos 9, inciso tercero, y 27 de la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, publicada en el Registro Oficial N.º 900, del 30 de septiembre de 1975, que contemplaba la obligatoriedad de agremiación a los profesionales del periodismo.

Para adoptar dicha resolución, el Tribunal Constitucional ecuatoriano consideró lo que estipula el artículo 20, numeral 2 de la Declaración Uni-

versal de los Derechos Humanos, y el artículo 22, inciso primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en su orden, establecen: “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” y, “Toda persona tiene el derecho a la libertad de asociación con otros/as, incluyendo el derecho a crear y formar parte de los sindicatos laborales para la protección de sus intereses”; derechos fundamentales que guardan absoluta conformidad con lo dispuesto en los numerales 16 y 19 del artículo 23 de la Constitución de la Republica. Adicionalmente, toma en consideración la Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la Colegiación Obligatoria de Periodistas, en Costa Rica que, según el Gobierno de ese país, era contraria a los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana, considerando, entre otras cosas, que se violaba la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo, resolvió, por unanimidad, que la colegiación obligatoria de periodistas era incompatible con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, el Tribunal Constitucional ecuatoriano recepta jurisprudencia internacional que garantiza, por extensión, la libertad de expresión, al expulsar del ordenamiento jurídico normas que limitan el ejercicio libre del periodismo (Uprimny, et. al, 2006).

Tensiones de derechos fundamentales.

Considerando que en el derecho constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales tienen usualmente estructura de principios –o estándares de actuación– y no de reglas (R. Alexis, 1993), la determinación del alcance práctico de una libertad supone no solo definir el ámbito de conducta protegida, sino los límites internos que tiene el derecho (Uprimny, et. Al, 2006). A este entendimiento de los derechos, son compatibles y complementarias las doctrinas de la interrelación e interdependencia de los derechos y de la igualdad jerárquica entre los derechos fundamentales, que en la Constitución ecuatoriana se encuentran establecidos en el artículo 11, numeral 6.

En este sentido, una importante fase en la labor interpretativa de las Cortes internacionales y nacionales, en el caso de la Corte Constitucional colombiana, representa el tratamiento y resolución de tensiones y colisiones de derechos fundamentales. Las más frecuentes son las tensiones entre: el derecho a la libertad de información y el orden público; la libertad de expresión y el derecho a la igualdad; la libertad de información, intimidad y buen nombre, entre tantos otros casos.

En general, el carácter prevalente de la libertad de información ha sido confirmado por la Corte Constitucional colombiana, en la mayoría de las tensiones, con excepción de los conflictos entre la libertad de información y los derechos de los niños, en cuyo caso, la prevalencia es otorgada a estos últimos.

De las múltiples tensiones que se presentan de manera cotidiana entre derechos fundamentales, para el presente trabajo, es relevante enfatizar en las colisiones entre la libertad de información y el orden público, que permiten dilucidar cuándo es legítima la intervención del Estado en los medios de comunicación.

En este sentido, comencemos diciendo que el Estado tiene el deber de preservar el orden público, ya que sin éste no hay goce de derechos. Sin embargo, ¿cuándo, o en qué casos, el orden público permite restringir la libertad de opinión y la libertad de información?

Para la doctrina norteamericana, en la que, por regla general, es inadmisibles cualquier tipo de censura, solo son aceptables ciertas limitaciones en casos excepcionalísimos (caso: prohibición a una revista para que continúe publicando información sobre cómo hacer una bomba de hidrógeno). La jurisprudencia en los dos continentes, sin embargo, es coincidente respecto de las restricciones al “discurso del odio”, proscribiendo opiniones abiertamente racistas, sexistas o discriminatorias.

La Corte Constitucional colombiana ha aceptado algunas restricciones a la libertad de prensa o de información, en aras de la defensa del orden público, cuando se verifica una amenaza grave e inminente o para evitar la comisión de ilícitos. No obstante, la Corte ha considerado que toda restricción debe respetar el núcleo esencial⁷⁴ del derecho a la libertad

74 La Corte Constitucional colombiana ha definido el núcleo esencial de los derechos como: “el

informativa y, en consecuencia, no puede estar enderezada a evitar que se conozca una determinada información, sino a regular las circunstancias de la publicación. Así, por ejemplo, al evaluar la constitucionalidad de una disposición expedida en una de las facultades excepcionales durante el Estado de Conmoción Interior, y según la cual no era posible divulgar, por la radio o la televisión, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico (art. 3º, D. 1812/92), la Corte consideró que la norma debía ser entendida en el sentido de que “no se permite divulgar entrevistas de miembros activos de las organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico”, pero sí se permite informar acerca del hecho noticioso como tal, despojado de toda apología al delito (sentencia C-033/93). En la sentencia T-235ª/02, la Corte determinó que una limitación de la libertad de información a partir de consideraciones relacionadas con la salvaguarda del orden público, solamente puede materializarse cuando medie una norma de carácter específico que desarrolle la autorización general de restricción por estas razones, en forma “previa, clara y explícita” (Uprimny, et. Al, 2006). Otras restricciones a la libertad de información han evaluado el acceso a documentos públicos, el uso de lenguaje “cifrado o ininteligible” y casos de reserva sumarial.

La jurisprudencia, en ambos continentes, también ha aceptado, de manera reiterada, el modelo de protección dual (Uprimny, et. Al, 2006), según el cual se acepta una mayor reducción del ámbito de protección de los derechos al buen nombre y a la intimidad en relación con la divulgación de información cuando ésta se refiere a personajes públicos, ya que se entiende que:

[...]su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que, tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad (Sentencia T-066/98 CC colombiana). Sin embargo, la primacía que

ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas” (sentencias: C-033/93 y T-425/93)

en estos casos se otorga a la libertad de información, no opera para cualquier tipo de información relacionada con la persona pública, pues se exige, además, que el contenido de ésta obedezca a un verdadero y legítimo interés general, determinado por la trascendencia y el impacto social de la información, que hace que el interés deba ir más allá de una simple 'curiosidad generalizada' (Sentencia SU-1723/00 CC colombiana) (Uprimny, et. Al, 2006).

Ahora bien, esta compleja y abundante delimitación de contornos y umbrales del derecho a la libertad de expresión y el orden público, se volvieron a poner a prueba en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Petrozo y otros vs. Venezuela* del 28 de enero del 2009.

El caso se refiere a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre del 2001 y agosto del 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidas por agentes estatales y particulares, en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de televisión Globovisión, entre periodistas, personal técnico asociado, empleados, directivos y accionistas, así como a algunas investigaciones y procedimientos penales abiertos o realizados a nivel interno, en relación con esos hechos.

La Comisión de Derechos Humanos alegó que, por haber buscado, recibido y difundido información, las presuntas víctimas fueron sujetas a diversos ataques y que el Estado no adoptó las medidas necesarias para prevenir los actos de hostigamiento, ni investigó ni sancionó a los responsables con la debida diligencia, por lo que incurrió en violación de varios derechos contemplados en la Convención Americana, en perjuicio de 44 presuntas víctimas.

La Corte resolvió que el Estado venezolano era responsable por el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención, toda vez que el Estado debe garantizar la libertad de buscar, recibir y difundir información y el derecho a la integridad personal, reconocidos en los artículos 13.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los demandantes, ordenando que el Estado conduzca, adecuada-

mente, los procesos penales en curso para determinar responsables, adopte las medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio a la libertad de buscar, recibir y difundir información, además de sanciones pecuniarias.

Esta sentencia, técnicamente impecable, es, no obstante, el reflejo de las doctrinas clásicas respecto a la libertad de expresión, las cuales, como se sabe, entienden este derecho, más que nada, como la garantía de la libertad de acción de los medios de comunicación frente a posibles e indeseables injerencias estatales limitadoras de tal derecho. El caso venezolano, sin embargo, reviste mayores complejidades tanto jurídicas como políticas. Jurídicas, porque la Constitución de Venezuela establece la primacía de los derechos fundamentales, interconectados entre sí, frente a las acciones gubernamentales y de los demás poderes públicos. Políticas, porque alrededor de la controversia resuelta por la Corte Interamericana coexisten fuertes discrepancias en torno al modelo político venezolano, al igual que ocurre con la conflictividad entre gobierno y medios de comunicación, referido en el caso ecuatoriano, lo que amenaza con que el debate sobre cuándo está amenazada la libertad de expresión, cuándo se encuentra comprometido el rol de los medios de comunicación, o cuándo se puede considerar legítima la intervención del Estado en la actividad de los medios de comunicación, se vea contaminado, tergiversado o politizado.

El derecho a la libertad de expresión aplicado

Como se pudo observar a lo largo de este escrito, tanto la doctrina europea de los derechos humanos como la americana, caracterizadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, están basadas en una comprensión excesivamente clásica, liberal e individualista de los derechos de la comunicación, pero, por desgracia, ninguna de las dos tradiciones jurisprudenciales avanza significativamente en la visión contemporánea y democrática de los derechos a la comunicación, que los entiende, no como un mero derecho de libertad, sino que incorpora, como parte esencial de ellos, su ámbito institucional, que pone el acento

en las obligaciones positivas que el Estado debe asumir para garantizar la democratización de los derechos a la comunicación.

Y es justamente la adopción de este entendimiento institucional de los derechos a la comunicación, el que permitiría hacer un juicio más objetivo de las difíciles relaciones de los nuevos Estados latinoamericanos post-neoliberales frente al ejercicio, uso y, en algunos casos, abusos de la libertad de expresión por parte de las grandes empresas dedicadas a la comunicación.

Justamente, y aquí tomamos prestadas las palabras de Luigi Ferrajoli, “lo que resulta especialmente alarmante es el uso y abuso, (que hacen las empresas mediáticas), de la libertad y de la democracia, palabras que, (en el mundo neoliberal actual), han terminado por denotar la suma de dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado” (Ferrajoli, 2008: 110). Absolutismo donde no existen límites a los poderes económicos y a los poderes políticos tradicionales.

Y es precisamente allí, en la ruptura de ese absolutismo económico y político, en donde se encuentra el nuevo papel de los derechos de la comunicación, y particularmente el entendimiento institucional de la libertad de expresión y de prensa, donde los titulares de estos derechos no solo tienen garantizada su libertad sino que, además, tienen claramente establecido su nivel de responsabilidad con la democracia y el cambio social.

Solo de esta manera, la tradicional libertad de expresión se convierte en un verdadero derecho fundamental y no solo, como hasta ahora ha sido, un derecho patrimonial, es decir, en palabras de Ferrajoli: una mera mercancía confiada a las fuerzas del mercado.

En definitiva, el nuevo reto de los órganos de administración de justicia constitucional, creadores de jurisprudencia de los derechos humanos, es justamente superar la visión tradicional de los derechos de la comunicación para devolver la libertad de opinión y de información a la ciudadanía, diferenciándolas claramente de lo que significan los derechos mercantilistas de los dueños de los medios de comunicación.

Adicionalmente, el conflicto existente entre algunos de los Estados latinoamericanos y los medios de comunicación, tiene que ver con una nueva comprensión de lo que se conoce como *acceso a la información*

pública, y la ruptura con la tradición privatizadora de la información que se ha dado en América Latina desde la década de los 80, vía concesión y otras figuras contractuales de deserción del Estado.

Este conflicto, adicionalmente, se refleja en una clara y fuerte confrontación con las nuevas políticas estatales que reivindican constitucionalmente, como es en el caso de la Constitución ecuatoriana, a la comunicación como un derecho y los medios de comunicación como un servicio público, promoviendo la promoción de la comunicación pública, privada y comunitaria, y que han impulsado la creación de medios públicos, léase estatales, y comunitarios de comunicación radial, escrita y televisiva.

Cuando se entiende que la información es un derecho fundamental de la ciudadanía y no una mercancía, se puede comprender mejor el debate en algunos países latinoamericanos frente al manejo empresarial y corporativista que ha venido marcando el ejercicio de la información.

Y es justamente el reto que debe asumir la jurisprudencia del TEDH y la CIDH y, fundamentalmente, de los órganos nacionales que administran justicia constitucional, para responder a las expectativas y necesidades de la comunicación y la información como servicio público y un derecho fundamental que se adecúen con las demandas ciudadanas correspondientes a un nuevo tipo de democracia del siglo XXI.

Hacia un Bloque de Constitucionalidad latinoamericano

Una de las mayores transformaciones consagradas en Derechos Humanos, en la época moderna, tiene que ser identificada como la conformación de nuevas instituciones regionales e internacionales que constituyen un nuevo poder comunitario. A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y la tragedia sucedida en Auschwitz, los países del mundo concibieron, en su unión, una manera de poner fin a las guerras y a las tragedias humanas de genocidio y masacres, motivo por el cual surgieron instrumentos internacionales con contenido garantista de Derechos Humanos, los cuales patrocinaron grandes cambios a nivel social y estatal. Son estos cambios los que sirven de antecedente para la conformación de colectivos sociales y ciudadanos que tienen, como base fundamental,

el respeto a los Derechos Humanos integrales, no solo los derechos de libertades sino también los derechos sociales.

Es preciso iniciar nuestro estudio destacando la particularidad de la producción legislativa dentro del Estado constitucional de derechos y, para el efecto, cabe aclarar que “los límites que se imponen al legislador no provienen solo de la Constitución. En efecto, la existencia de una pluralidad de órganos con competencias normativas de carácter primario, ha generado que la Norma suprema, al solo establecer pautas mínimas sobre su producción legislativa, reenvíe o encargue su desarrollo a diversas fuentes de jerarquía” (Carpio Marcos, 2004:1); lo que invariablemente conduce a crear nuevos procesos de Control y Justicia constitucional, donde los órganos que ejercen tan importantes tareas no obtienen sus límites o una amplitud de sus competencias solo en la Carta Magna, sino en los más diversos instrumentos normativos, como es el caso de los tratados y convenios internacionales y, particularmente, de los que hacen parte de la carta internacional de derechos.

El término Bloque de Constitucionalidad no ha sido parte activa y de uso generalmente aceptado dentro de las actuaciones del órgano de control constitucional en Ecuador, esta ausencia se ha refrendado en el nuevo texto constitucional aprobado en Montecristi.

Sin embargo, ni de lejos implica que el constituyente haya decidido abandonar totalmente sus contenidos, por el contrario, como intentaremos demostrar, esta noción jurídica ha sufrido algunas modificaciones sustanciales que derivan en una reformulación de los contenidos y alcances usualmente aceptados, respecto de lo que se debe asumir como el bloque de constitucionalidad.

Por estas consideraciones, no es pretencioso intentar afirmar que en el campo del derecho constitucional, comparado a nivel de la región andina, el concepto de Bloque de Constitucionalidad ha sufrido ingeniosas articulaciones conceptuales, normativas y, principalmente, jurisprudenciales.

Las propuestas desarrolladas en los fallos de la Corte Constitucional de Colombia o del Tribunal Constitucional de Perú y, principalmente, la precisión normativa que al respecto se desarrolla en la nueva Constitución de la República del Ecuador, al definir el orden jerárquico y la supremacía constitucional, son realidades jurídicas, sociales y políticas que han

ampliado y profundizado el concepto de Bloque de Constitucionalidad, evidenciando un verdadero tránsito reformador que ha sufrido este concepto a partir del control constitucional normativo de Francia y pasando por la aplicación novedosa en el foro constitucional de España.

La definición y contenido de este concepto ha viajado de un continente a otro, renovándose, recreándose y abriendo nuevas expectativas jurídicas para optimizar su aplicación.

Es así como el Bloque de Constitucionalidad ha superado las expectativas de muchos, creando nuevas dudas acerca de su contenido, lo que ha llevado a que nuevos investigadores del Derecho se entusiasmen, haciendo de su definición un campo abierto para el derecho constitucional.

Esta reflexión tiene como propósito acercarnos al contexto en el que se desarrolló el concepto del *Bloc de Constitutionnalité*, abarcando la nueva perspectiva andina y establecer su particular ámbito de aplicación dentro del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano.

Adicionalmente, se pretenderá demostrar la importancia del uso de lo que se comprende como Bloque de Constitucionalidad, no solo como un medio de control de constitucionalidad de las leyes sino, también, como un poderoso instrumento de protección de los derechos fundamentales, derechos que han asumido estatus supra-legal en la mayoría de las constituciones de América del Sur, configurándolos consecuentemente como un elemento sustancial del denominado Bloque de Constitucionalidad.

Antecedentes del Bloque de Constitucionalidad

Bloc de Constitutionnalité

Para iniciar el estudio sobre los elementos que configuran el Bloque de Constitucionalidad, resulta necesario recordar el origen del concepto dentro de la doctrina francesa con el denominado: *Bloc de Constitutionnalité* y también hacer un análisis sobre su aplicación dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.

El *Bloc de Constitutionnalité* tiene como antecedente remoto el “bloque de legalidad”, por el cual, el Consejo de Estado francés realizaba el control de legalidad de los actos administrativos, lo que implicaba un recurso contencioso administrativo. El “bloque de legalidad” comprendía:

en su concepción originaria (...) toda regla o principio que autorizaba y, al mismo tiempo, limitaba la actividad de los órganos de la Administración Pública. En ese sentido, estaba compuesto básicamente por la ley formal, esto es, por el acto legislativo dictado por el Parlamento, por los principios generales del derecho, y también por los reglamentos dictados a su amparo cuya observancia era exigida por el Consejo de Estado. (Carpio Marcos, 2004:6)

Este concepto generaba no solo un concepto de “unidad de rango”, sino que proponía un conjunto de “fuentes de legalidad”, cuyo objetivo era ligar el Acto Administrativo con la ley que daba paso y fundamentaba su creación.

A partir de este antecedente histórico se desarrolla el *Bloc de Constitutionnalité*, que es utilizado por el *Conseil Constitutionnel* de Francia y que implica un control constitucional *a priori* de leyes y reglamentos expedidos por el Órgano Legislativo francés o cualquier otro órgano que ejerza competencias de carácter normativo.

Sin embargo, este concepto no comprende únicamente una función o competencia otorgada al *Conseil Constitutionnel*, al contrario, el Bloque de Constitucionalidad francés debe ser entendido como el conjunto de cuerpos normativos que sirven de preámbulo en la aplicación de dicho control. Así, el contenido del *Bloc de Constitutionnalité*, propuesto por primera ocasión en la decisión del Consejo de 1966⁷⁵, es:

El texto constitucional, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República, en tanto se encuentran fuera del bloque, los reglamentos de las asambleas parlamentarias y las normas internacionales. (Riofrío Martínez-Villalba, 2007)

75 Decisión de 8 de julio de 1966, en *Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel*, p. 15

Esta conformación resalta una jerarquía normativa, generando la idea de que dichos instrumentos gozan de un rango constitucional; sin embargo, esto no es del todo cierto. Dentro de la configuración del Bloque de Constitucionalidad francés, se excluyen, por ejemplo, las leyes ordinarias y los reglamentos de las cámaras, además de las normas internacionales. Con respecto a estas exclusiones cabe una reflexión, si el control constitucional se centra en una ley ordinaria, necesariamente deberían entrar a ser parte del bloque las Leyes Orgánicas y especiales, con las cuales la norma secundaria debería tener conformidad. En el mismo sentido, si el control se ejerce sobre normas internacionales, éstas deberían también guardar compatibilidad con las leyes ordinarias, por lo tanto, éstas también deberían ser consideradas como parte del *Bloc de Constitutionnalité*.

Esta contradicción en la conformación del Bloque de Constitucionalidad ha puesto en entredicho el significado del concepto dentro de la doctrina francesa, pues era entendido como el conjunto de normas de jerarquía constitucional contenido en la legislación, por lo que:

Esta integración de la Ley ordinaria entre las reglas de referencia empleadas por el *Conseil Constitutionnel* causa alguna perplejidad no ya porque evidencie que no es el rango constitucional de las normas lo que determina su incorporación al bloque de constitucionalidad (...) sino porque debilita, por decir lo menos, el argumento que la doctrina francesa generalmente utiliza para explicar la razón de ser del bloque en cuestión, que es justamente el de la jerarquía normativa(...) (Rubio Llorente, 1989:16).

Por este motivo, se crea la dificultad de determinar realmente qué normas comprenden el *Bloc de Constitutionnalité*, además porque el preámbulo de la Carta Magna francesa de 1946 hace referencia a “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” (Rubio Llorente, 1989:16), lo que amplía, aún más, el contenido de este “bloque”.

Así, el *Bloc de Constitutionnalité* cumple un objetivo procesal que implica, como anteriormente se ha dicho, el control previo de las normas y reglamentos presentados ante el Consejo, para que, a la vez, éste determine su conformidad o inconformidad respecto a la Constitución, por lo que las normas contenidas en el “bloque” francés “sirven como normas de referencia, canon o parámetro de control sobre la totalidad de fuentes que

en el derecho francés pueden someterse a la evaluación del Consejo” (Carpio Marcos, 2004:8).

Sin embargo, esta explicación nos lleva a conceptualizar una realidad inconsistente, ya que dicho bloque no solo contiene normas de rango constitucional, sino también leyes que conforman el ordenamiento jurídico ordinario de Francia, lo que forja un nuevo problema de determinación del contenido de aquel “bloque” normativo. Podríamos, sin embargo, asegurar que el contenido del “*Bloc de Constitutionnalité*” está dado por las normas que cumplen la función de interpretación y control previo de los demás instrumentos jurídicos que intentan formar parte del extenso ordenamiento jurídico francés, y que son puestos a disposición del “*Conseil Constitutionnel*”, para asegurar su conformidad con la Constitución.

El Bloque de Constitucionalidad en España.

El concepto de Bloque de Constitucionalidad en España no ha sido develado en su plenitud. La única certeza que se conoce sobre esta institución es la que ha sido acogida “dentro de la dogmática del Derecho Constitucional español” (De Cabo de la Vega, 1994:58), y que, además, es diferente a la práctica adoptada por su vecina Francia.

Es necesario mencionar que la aplicación de la noción Bloque de Constitucionalidad en España, conduce a una práctica poco uniforme dentro de las Sentencias del Tribunal Constitucional; a decir verdad, lo que menos ha hecho es ser uniforme en su aplicación. Tiene su origen en la sentencia STC 10/1982⁷⁶, del Tribunal Constitucional y ha sido ampliamente desarrollada en su jurisprudencia. Una de las realidades más claras respecto de la aplicación del concepto de Bloque de Constitucionalidad está vinculado en la relación que guarda el Estado con las Comunidades Autónomas, lo que se ha constituido como un ejemplo desarrollado por las normas comunitarias y americanas.

La conceptualización del “bloque” en España ha sido tan difícil como la determinación de las normas contenidas en él. Según la clasificación

⁷⁶ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 10/1982, 23 de marzo de 1982.

realizada por Antonio de Cabo, podríamos distinguir cuatro acepciones diferentes. La primera de ellas es conocida como el conjunto de “normas interpuestas” (De Cabo de la Vega, 1994:58), tal y como son conocidas en la doctrina italiana. Estas normas son todas aquellas que, sin encontrarse dentro del texto Constitucional, sirven como una guía para determinar la constitucionalidad de otras normas, así: “Incluidas en esta concepción del bloque, estarían las normas de delegación de facultades legislativas, los reglamentos de las cámaras, los estatutos de autonomía y ciertos tratados sobre derechos humanos” (Carpio Marcos, 2004:10). Esta determinación les otorga una naturaleza funcional o procesal que implica la declaración de inconstitucionalidad de una ley; sin embargo, ellas también deben ser usadas dentro del conflicto de competencias, lo que debe entenderse como “litigios cuyo objeto no es ya la constitucionalidad de una Ley, y en los que, por consiguiente, las normas del «bloque» no son ya «normas interpuestas» o no lo son en el mismo sentido y para los mismos efectos que en el juicio de constitucionalidad.” (Rubio Llorente, 1989:20).

La segunda acepción se refiere a las normas reconocidas como “materialmente constitucionales” o aquellas a las que la misma Constitución hace referencia⁷⁷; sin embargo, también habla de aquellas materias esencialmente constitucionales, es decir, temas reservados por la Constitución o que la Norma suprema remite a posterior legislación, tal es el caso de las Leyes Orgánicas. Este concepto es meramente dogmático y no funcional, a diferencia del primer caso, pero impone una resistencia a la derogación, pues goza de un carácter constitucional. En definitiva, son aquellas normas que “formalmente tienen en el ordenamiento una jerarquía inferior, sin embargo, “por su contenido” forman parte del “concepto” de Constitución” (Carpio Marcos, 2004:11).

El tercer concepto guarda especial semejanza con el carácter funcional o procesal expuesto en el primer significado. El Bloque de Constitucio-

⁷⁷ Por ejemplo, las normas que no se establecen dentro de la Constitución, pero que la Carta Magna hace referencia expresa, así puede tomarse como punto de partida la referencia que hace la Constitución francesa de 1958 que, dentro de su preámbulo, hace referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y al Preámbulo de la Constitución de 1946, otorgando a ambas un carácter normativo y de rango constitucional, como lo vimos dentro del “*Bloc de Constitutionnalité*”.

nalidad debe ser entendido como el conjunto de normas que sirven para determinar la constitucionalidad de otra norma; en otras palabras, es un bloque de impugnación para determinar la validez de las normas. Así por ejemplo, la Sentencia n.º 10/1982 del 23 de marzo de 1982 ha dispuesto que “para interpretar debidamente la normativa aplicada al caso, el Bloque de Constitucionalidad ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada”⁷⁸.

Un cuarto significado está relacionado con la compleja composición del ordenamiento español. De esta manera, se entendería al Bloque de Constitucionalidad como el conjunto de normas que regulan las competencias del Estado y las comunidades autónomas. Como el Tribunal Constitucional lo ha dispuesto: “normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias [son] exclusivamente la Constitución y las demás disposiciones integradas al bloque de constitucionalidad”⁷⁹. Así, cabe delimitar dos funciones: la primera, que tiene que ver con la distribución constitucional de competencias y, la segunda de materia procesal, que implica el uso de normas para limitar o regular esas competencias. Sin embargo, esto nuevamente nos lleva al mismo problema, que es definir cuál es el sentido que el Tribunal Constitucional ha otorgado al Bloque de Constitucionalidad y las normas que lo comprenden.

La problemática que trae consigo el uso del Bloque de Constitucionalidad” en la Jurisprudencia del Tribunal Español, no aclara el significado que se le da a este concepto, convirtiéndolo en una acepción extensa y compleja; probablemente las definiciones más esclarecedoras son las utilizadas en la determinación de competencias y relaciones entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas, lo que ha dado paso a que el modelo español, en esta esfera jurídica sea guía para el establecimiento del Bloque de Constitucionalidad en el sistema de la Unión, como también en algunos ordenamientos de América Latina.

78 Tribunal Constitucional de España, Sentencia 10/1982, 23 de marzo de 1982

79 Tribunal Constitucional de España, Sentencia 87/1985, 16 de julio de 1985

La reformulación del concepto en, Colombia, Perú y Ecuador

La importancia de la transformación de la noción de Bloque de Constitucionalidad en América Latina podría estar determinada por el interesante trabajo que los órganos de justicia constitucional han desarrollado, a través de sus fallos, labrando su adecuación necesaria a las realidades sociales, jurídicas y culturales propias de nuestro continente y subregiones; diversidad que ha llevado a que su significado varíe, enriquezca y modifique sustancialmente de los patrones tutelares pergeñados por Europa, sobre todo por Francia y España.

El trabajo de juristas, académicos y jueces, sobre la base de un movimiento social activo, diverso y altamente politizado, de manera lenta pero progresiva, ha sobrepasado la antigua línea de reflexión que se constreñía a la discusión de la interpretación respecto del Bloque de Constitucionalidad y el control de constitucionalidad de leyes o normas secundarias o respecto de los límites de las competencias entre regiones autónomas y el Estado, logrando reformular la noción del bloque de constitucionalidad, hasta alcanzar la incorporación plena de las garantías de los derechos fundamentales que, en muchas de las veces, sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además determina su conformación dentro del ordenamiento jurídico nacional, con nivel jerárquico constitucional.

En América Latina se ha generado la idea de que los instrumentos jurídicos internacionales, en materia de derechos humanos, no sean concebidos como elementos externos a las cartas constitucionales; al contrario, deben ser “abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración (...)” (Nogueira Alcalá, 2007:13). Sin embargo, esta no es la única aceptación usada en América Latina sobre el Bloque de Constitucionalidad.

Es así como el derecho constitucional latinoamericano ha generado nuevas corrientes respecto a este principio, desde la aplicación de normas y principios supranacionales, como es el caso colombiano, hasta la unidad formal de rango en Perú. Esto ha llevado a que se hable de un nuevo y

nada ortodoxo concepto de Bloque de Constitucionalidad latinoamericano”, que propone nuevos elementos para determinar su concepto y configuración.

El Bloque de Constitucionalidad en Colombia.

La Constitución colombiana de 1991 incorpora, dentro de su contenido, el Bloque de Constitucionalidad entendido como “instrumento de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos *ad extra* del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el país” (Fajardo Arturo, 2007: 15). Así el “bloque”, en la legislación y jurisprudencia de la corte colombiana, debe ser entendido como parte del sistema de protección de Derechos Fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en otras palabras, es la extensión de los Derechos Fundamentales establecidos en la carta constitucional.

Sin embargo, no es sino en 1995 cuando la corte constitucional colombiana se refiere al Bloque de Constitucionalidad y lo fija, como lo hizo en años anteriores, como el conjunto de principios y valores incluidos en la Constitución, moldeando su jurisprudencia para, de esta forma, legitimar un conjunto de normas y principios supranacionales que “son parámetros de control de constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema” (Arango Oyala, 2004:79).

Fue dentro de la Sentencia C-225⁸⁰ de la Corte Constitucional de Colombia, en 1995, donde el citado tribunal se refirió, por primera vez, al Bloque de Constitucionalidad. En dicha sentencia se analizó la validez de un convenio internacional dentro de la impugnación de una ley nacional⁸¹. En este sentido, la Corte pudo dilucidar la impugnación de una ley

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 225 del 18 de mayo de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

81 Dentro de la sentencia analizada, la Corte se refirió al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos arma-

nacional por contradecir preceptos enmarcados en convenios internacionales, según el art. 93 contenido en la Carta Magna, que dispone: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno(...)”.

La Corte, por medio de la vigencia del art. 93 de la Constitución, podía solucionar un conflicto de leyes, determinando la jerarquía superior del Convenio frente a la ley, sin embargo, no podía declarar inconstitucional una norma bajo este concepto. De acuerdo al art. 4 de la Carta Constitucional, tampoco podría determinar una supra-constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, pues dicho precepto, claramente, establece la superioridad de la Constitución. Aunque dicho mandato era indiscutible, la Corte acudió a la noción del Bloque de Constitucionalidad para aclarar, no la preeminencia de normas internacionales en coalición con normas legales ordinarias, sino su rango constitucional a partir de un precepto establecido no en la Constitución, sino en un concepto dogmático.

La Corte determinó claramente que el Bloque de Constitucionalidad está:

compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos a los de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. En tales circunstancias –concluiría–, la Corte Constitucional coincide con (...) el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214, numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone a la ley (Marcos Carpio, 2004:15).

dos sin carácter internacional (Protocolo II) y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

El bloque de constitucionalidad en Perú

Desde la Constitución de 1979, Perú concibió que todos los tratados internacionales gozaran de rango constitucional, lo que generaba, en un principio, un Bloque de Constitucionalidad similar al francés, es decir, un conjunto de normas que gocen de una “uniformidad de rango”, ya que los tratados formaban parte inmediata de la Carta Magna, aún después de su adopción y ratificación.

No es hasta la adopción de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley 23385), que se extiende, literalmente, la noción de Bloque de Constitucionalidad estipulado en la Constitución, pues mediante esta ley, El Tribunal en referencia estableció que:

Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 19, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado (Marcos Carpio, 2004:20).

La Carta Magna de 1993 intentó solucionar esta controversia al suprimir el art. 105 al que se hizo referencia, y planteando una disposición final y transitoria, donde, tomando en cuenta los avances de la carta colombiana de 1991, logró fijar el concepto por el cual la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, debían realizarse en base a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás tratados e instrumentos internacionales que versen sobre dichos temas y sean ratificados por Perú. Sin embargo, la adopción de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸² trajo, de nuevo, a la arena el antiguo debate sobre las leyes que determinan competencias de acuerdo a su art. 22, donde señala que: “al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control, [el Tribunal] debe tomar en consideración también aquellas leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”.

82 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, sancionada y publicada el 22 de julio de 2004.

Así, este concepto de bloque de constitucionalidad se asemeja más al modelo español, donde el “Bloque” está constituido por elementos que establecen y determinan competencias del Estado y las regiones autónomas, también se esgrime, a fines rasgos, la doctrina francesa al establecer la “uniformidad de rango” de los tratados internacionales de derechos humanos, que gozan de un rango constitucional, por lo que la noción esgrimida por Perú es una construcción que combina ambos elementos, propiciando así un planteamiento novedoso y mixto, que aún sugiere una gran cantidad de debates y discusiones académicas y doctrinarias.

El Bloque de Constitucionalidad en Ecuador.

En la Constitución de la República del Ecuador en el Título IX, se desarrollan los contenidos de la supremacía de la Constitución y se fijan los conceptos respecto a la jerarquía constitucional, el orden jerárquico normativo secundario, la aplicación inmediata del texto constitucional, la interpretación constitucional y el control difuso de constitucionalidad.

Si se revisan los artículos 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador, se evidencia que, a diferencia de las constituciones peruana y colombiana, y por sobre lo que señala la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el constituyente ecuatoriano, por una parte, obvió incorporar la denominación del término: Bloque de Constitucionalidad al momento de referirse al orden jerárquico de la constitución y las leyes y, adicionalmente, al referirse a la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos, respecto a cualquier norma jurídica o acto del poder público, condicionó la misma a que el instrumento internacional de los derechos humanos sea ratificado por el Estado y “... que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución...”. De suerte que, para el sistema constitucional ecuatoriano, la noción de progresividad de los derechos humanos es una condición *sine qua non* que debe identificarse en un tratado internacional de derechos humanos, en directa relación con los derechos protegidos en la constitución ecuatoriana.

Esta condición, entonces, establece una suerte de restricción positiva, ya que de verificarse normativamente esta preexistencia de instrumentos internacionales de derechos humanos con dispositivos normativos de menor alcance o menor favorabilidad, respecto de los derechos existentes, esa normativa internacional de derechos humanos carecería de rango constitucional y, consecuentemente, conforme lo señala el artículo 426, inciso segundo: “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos...”, quedarían exentos de aplicar directamente las normas de los tratados internacionales de derechos humanos ya que perdería toda prevalencia respecto de la normativa secundaria, como tampoco podría ser utilizada para hacer control constitucional de los actos del poder público.

Así las cosas, únicamente tendrían rango constitucional y prevalencia normativa, los instrumentos de derechos humanos que signifiquen un avance doctrinario cualitativo y lleven implícitas protección y garantías superiores a los que provee el Estado ecuatoriano en su texto constitucional.

El Bloque de Constitucionalidad, la progresividad de los derechos y los instrumentos internacionales

La corriente doctrinaria y jurisprudencial de América Latina, con respecto al Bloque de Constitucionalidad, ha derivado en la inmersión del derecho internacional dentro de la jurisprudencia constitucional de los países latinoamericanos. Casos como el de Perú y Colombia han situado a los instrumentos jurídicos internacionales al mismo nivel de su Constitución; de hecho, como en el caso de Colombia, estos instrumentos han sido herramientas importantes para la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas legales⁸³.

La inclusión de estos instrumentos internacionales dentro de la normativa constitucional latinoamericana tiene una diferenciación primor-

dial: no todo instrumento internacional goza de una jerarquía constitucional; de hecho, solo aquellos convenios o tratados internacionales que versen sobre la protección de derechos fundamentales pueden incluirse en dicho “bloque”.

Esta ha sido la práctica primordial de América Latina; las Constituciones de la mayoría de países de esta región contienen un catálogo abierto de derechos fundamentales, donde:

el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano, lo que en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en general, está explícitamente reconocido en el texto constitucional a través de la cláusula de derechos implícitos (Nogueira Alcalá, 2007:6)

De esta manera, se intenta implementar la generalidad de que los derechos fundamentales no emanan de la Carta Magna, al contrario, nacen del ser humano, lo que ha forjado una nueva concepción del Bloque de Constitucionalidad, entendido como el conjunto de principios, valores y normas contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Varias Constituciones de América Latina no hacen referencia literal o implícita a la jerarquía de los instrumentos internacionales, ellas son conocidas como “fórmulas normativas que no contemplan jerarquías” y son aquellas que “se ocupan de los derechos humanos” (Manili, 2002: 380) y configuran un campo abierto y determinando la inclusión de todo tratado sobre Derechos Humanos dentro de la Constitución.

El Bloque de Constitucionalidad, en nuestra región, logra conceptuar un nuevo paradigma dentro de la discusión de los elementos que lo conforman. No se aleja demasiado de la percepción francesa, que establece un cuadro cerrado de elementos con “uniformidad de rango”; sin embargo, la noción latinoamericana no impone ninguna limitación en lo referente a derechos fundamentales. “El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos.” (Nogueira Alcalá, 2007:6).

83 Nos referimos a la anteriormente citada sentencia C-225, de 1995, en la cual la Corte Constitucional colombiana se refirió por vez primera al Bloque de Constitucionalidad.

El art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos genera también una obligación correlativa al Bloque de Constitucionalidad de los Estados, pues prescribe que: “ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes deben ser interpretadas en el sentido que permitan al Estado suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella,” por lo que todos los derechos enmarcados dentro de este instrumento internacional son parte elemental del “bloque” de los Estados que lo hayan ratificado, y estos estarán en la obligación de garantizarlos, respetarlos y reconocerlos. Así, en el caso de los instrumentos internacionales, en materia de derechos humanos, cuando ellos no formen parte del texto constitucional, serán parte del bloque de constitucionalidad, obligando al Estado parte a aplicarlos dentro de la interpretación o control de constitucionalidad de las leyes.

El Bloque de Constitucionalidad y su impacto en Latinoamérica

El concepto de Bloque de Constitucionalidad nace de la aplicación del “*Conseil Constitutionnel*”, donde adquirió un precepto de “uniformidad de rango”, estableciendo en su Carta Magna las normas que deben aplicarse en la interpretación y control de leyes. Sin embargo, esto implicaba un “bloque” cerrado de normas que obtenían su jerarquía de la propia Constitución.

España planteó una nueva perspectiva al concebir el Bloque de Constitucionalidad como aquel conjunto de normas aplicadas en un sistema político y territorialmente complejo, por el cual se otorgaban y solucionaban conflictos de competencias entre órganos estatales y de las comunidades autónomas.

Al llegar a América, el Bloque de Constitucionalidad obtuvo una nueva conformación, comprendida como el “bloque de derechos” en relación a la integración de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en la Carta Constitucional, a pesar de que ella misma no haga referencia textual en su contenido.

Una gran cantidad de discusiones ha llevado a que el significado de Bloque de Constitucionalidad abarque un sinnúmero de acepciones,

todas diferentes. Por su naturaleza, es un término demás complejo, pero que se puede sintetizar al entender el “bloque” como un conjunto de normas de rango constitucional que no se encuentran dentro de la Constitución Política o a las que ésta no hace referencia (Umprimny Yepes, 2009). Así también lo entienden otros doctrinarios, al referirse al Bloque de Constitucionalidad como “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” (Olano García, 2005: 231).

El Bloque de Constitucionalidad para otros, es entendido como “el conjunto de normas que (...) forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control” (Olano García, 2005:234); sin embargo, esta definición, para efectos del análisis que hemos realizado, aún es insuficiente.

A manera de conclusión, intentaremos una definición de Bloque de Constitucionalidad que refleje las particularidades del derecho comparado andino dentro de los sistemas constitucionales de Perú, Colombia y Ecuador, que bien podría proponerse como: el conjunto de normas, principios y valores aplicados en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, siempre que éste último garantice ser, explícitamente, más favorable que los derechos consagrados en la propia Constitución nacional, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas a control, de guía para la interpretación de normas dentro de la legislación interna de los Estados, la determinación de competencias de los órganos o comunidades que lo conforman y para ejercer el control a los actos del poder público y garantizar su eficacia jurídica.

Claro está que aún estos elementos conceptuales siguen siendo objeto de debate, y para el caso de la Constitución ecuatoriana aprobada en Montecristi, y ratificada en referéndum, las implicaciones, límites y perspectivas de lo que eventualmente podría ser considerado como el bloque de constitucionalidad, tanto en su eficacia como medio de control para determinar la validez de las normas con rango de ley, como del conjunto de normas de aplicación constitucional, así como para garantizar la prevalencia constitucional sobre los actos del poder público, estará fuertemente condicionado por las decisiones jurídico constitucionales que aún tiene por desarrollar la Corte Constitucional en el Ecuador.

Capítulo V

La justiciabilidad de los derechos constitucionales: ¿meta o camino?

En los capítulos precedentes observamos cómo los cambios profundos generan transformaciones de alta envergadura respecto a un discurso teórico-constructivo y participativo de la sociedad. Estos proyectos de cambio efectivo tienen como antecedente las luchas sociales por el reconocimiento de hechos generadores de una realidad comunitaria y social, una realidad enmarcada en valores y principios superiores, ergo, derechos, que sistemáticamente no son reconocidos y, peor aún, garantizados por elites políticas y económicas en un determinado momento histórico.

Es este laxo reconocimiento el que perturba la vida comunitaria del ser humano y propende entonces a conflictos de importante relevancia social que dan paso a crisis estructurales que, en ocasiones afortunadas, logran resolverse dentro del campo de la democracia, el derecho y la paz.

Este es el caso del reconocimiento, garantía y protección de los denominados derechos sociales y colectivos, lucha que, aún en la actualidad, sigue llevándose a cabo en Ecuador pero que también ha logrado importantes, aunque por supuesto todavía insuficientes, aplicaciones prácticas en el campo de la justicia constitucional.

En este capítulo, a partir de ponencias jurídicas elaboradas por el autor y que luego se transformarían en decisiones constitucionales, en el ámbito de la consulta pre-legislativa, los derechos colectivos y el derecho a la salud, nos acercamos a una de las dimensiones poco exploradas analíticamente, pero que constituyen el precedente jurídico necesario para avanzar en el largo camino de la judicialización de los derechos, hoy por hoy,

una de las principales características del nuevo orden jurídico constitucional de derechos y justicia, vigente a partir de octubre del 2008.

Los Derechos Colectivos y Ancestrales aplicados

Intentar un juicio crítico respecto de las decisiones judiciales de carácter constitucional es el mejor pretexto para acercarnos y comprender dos niveles de análisis, por un lado, medir la concreción, o no, de esta prerrogativa judicial activista que otorga al juez la constitución vigente para transitar del rol de “boca a través de la cual se expresa la ley” para transformarse en un sujeto judicial creador de derecho, y, por otro lado, nos confronta a la medición sistemática de la evolución de los contenidos jurídicos de los derechos constitucionales gracias a la aplicación práctica de sus postulados. Adicionalmente, este ejercicio puede servir para evidenciar la reacción de los factores de poder, así como de los actores sociales más diversos, frente a la aplicación práctica de postulados dogmáticos novísimos que, para el caso del proceso de transformación institucional que vive el Ecuador, es sustancial, como lo ha demostrado la aplicación de la noción de consulta pre-legislativa, referida al proceso de aprobación de la llamada Ley del Agua, en tanto contribuye a modificar la cultura, valores y paradigmas por fuerza y mandato del nuevo orden jurídico constitucional.

Antecedentes de la resolución 1491-06-RA⁸⁴

A partir del estudio de la resolución 1491-06-RA, adoptada por el (ex) Tribunal Constitucional, se identifican los problemas jurídicos a los que se enfrentaba la defensa de los derechos en el marco de la Constitución del 98 y, mediante el contraste con las transformaciones axiológicas de la constitución del 2008, se establece con claridad una verdadera transfor-

⁸⁴ Primera Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 1491-06-RA del 24 de septiembre de 2008, Quito - Ecuador.

mación institucional que, poco a poco, va configurando una realidad desde la justicia constitucional, al no solo reconocer los derechos “colectivos” y “ancestrales”, sino también garantizarlos haciendo uso de las herramientas que, si bien no eran las más idóneas, eran las únicas existentes para dicha protección, a esa fecha y bajo la Constitución del 98; creando así los pilares doctrinarios constitucionales más próximos a la visión progresista contenida en la Constitución del Ecuador de 2008.

Los “derechos colectivos” y “ancestrales” forman parte del grupo más novedoso de derechos reconocidos en el derecho internacional de derechos humanos, como también en cada una de las legislaciones de los Estados democráticos. Estos pueden ser concebidos como aquellos derechos que permiten el pleno desarrollo del ser humano como miembro de una colectividad y que, a la vez, permiten el reconocimiento de ésta en la sociedad. Es más, el vínculo que existe entre los derechos de la colectividad y de las personas que las conforman generan un destino común⁸⁵, por el cual, los derechos de la primera no pueden desarrollarse sino se garantizan los derechos de las segundas y, de la misma forma, los derechos de éstas no pueden desarrollarse sin la garantía de los primeros. En ese mismo sentido, cabe precisar, al igual que lo hace Will Kymlicka, que los derechos colectivos tienden a confundirse con el término de ciudadanía diferenciada, al ser el primer concepto usado para determinar una colectividad reunida con objetivos comunes (por ejemplo, sindicatos, corporaciones, grupos reunidos para entablar acciones medioambientales, etc.), mientras que la segunda comprende una determinación mucho más extensa y compleja que implica la reivindicación de grupos y minorías étnicas y nacionales (Kymlicka, 2009:4), sobre todo ante decisiones políticas y económicas externas a su propio funcionar. En muchas ocasiones, la doctrina tradicional ha tomado estos derechos simplemente como normas programáticas. Sin embargo, las nuevas doctrinas han traído una importante innovación al convertirlos en derechos subjetivos y plenamente exigibles por la vigencia de la Constitución, sin necesidad de generar normas secundarias o inferiores que los reglamenten.

⁸⁵ International Court of Justice, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Vs. Spain, Second Fase Judgment, p. 37. par. 45. February 5th, 1970.

De esta manera, el Derecho Internacional, en gran medida, se ha interesado en el derecho de las minorías y de los grupos étnicos culturales a partir de 1989. A nivel universal, por medio del Sistema de Naciones Unidas, se han suscrito múltiples instrumentos internacionales tendientes a proteger a las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, como es el caso del Convenio 169 de la OIT aprobado en 1989, la Declaración Universal de los Derechos de los pueblos indígenas, y el proyecto de Declaración sobre los derechos indígenas de la Organización de Estados Americanos (Kymlicka, 2009:4).

Ecuador, en la Constitución ratificada por Referéndum en septiembre del 2008, optó por reconocer y garantizar estos derechos al establecer en el Capítulo Cuarto los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. La Constitución de Montecristi realizó un ejercicio novedoso e inédito a nivel internacional al recuperar las nociones fundacionales de los derechos humanos, como son: la unicidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos, conforme era el mandato de la Liga de las Naciones y que fuera trastocado luego por el sistema de las Naciones Unidas, en los años de la Guerra fría, cuando se los dividió por consideraciones ideológicas y políticas en derechos de primera, segunda y tercera generación, categorizándoles a los derechos civiles y políticos como derechos justiciables y de aplicación inmediata, y a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de aplicación progresiva y programática. Ahora bien, estos derechos colectivos, conforme mandato de la Constitución, al carecer de jerarquía o prelación para su defensa, “el desafío es el desarrollo y aplicación de los mecanismos concretos que aseguren un más efectivo ejercicio de estos derechos.” (Grijalva, 2010), lo que lleva a que los Estados hagan uso del máximo de sus recursos disponibles para su protección y cumplimiento, e implica tomar medidas necesarias para hacerlos efectivos, como son las medidas legislativas y presupuestarias y la promoción de estos derechos (Grijalva, 2010).

Si bien es cierto que la Constitución de 1998 reconocía, dentro de su cuerpo normativo, derechos similares, estos estaban lejos de gozar de la misma connotación o protección judicializada como brinda la nueva Constitución del 2008. El Tribunal Constitucional de entonces, conformado por nueve vocales magistrados, elegidos en junio de 2007, y, dada

la naturaleza jurídica de ese organismo, por mandato constitucional y por la Ley Orgánica de Control Constitucional, dictaba resoluciones más de carácter administrativo puesto que no eran sentencias, carecía de facultades para la interpretación auténtica de la Constitución, consecuentemente sus decisiones no podían aplicar la ponderación o modulación; sus decisiones no generaban precedente obligatorio y vinculante, como tampoco producían jurisprudencia, y el cumplimiento y eficacia de sus decisiones descansaban en el ámbito penal. A pesar de esas importantes limitaciones normativas, sin embargo, se adoptaron resoluciones de suma importancia para favorecer y fortalecer el proceso evolutivo de garantía de los Derechos, otorgando una protección mucho más amplia que la dispuesta en el texto de la norma suprema vigente a esa época.

El caso 1491-06-RA tiene como antecedente el contrato de usufructo firmado entre los representantes de la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE) y la Empresa Eco Genesis Development LLC. Dicho contrato fue celebrado el día 19 de septiembre del 2005. El objeto del mismo fue la constitución de un usufructo sobre las 613.750 hectáreas que corresponden a las tierras comunitarias del pueblo Huaorani, adjudicadas a este pueblo indígena mediante providencias del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (IERAC) del 12 de abril de 1983, además del uso y goce de recursos naturales, permitiendo el desarrollo de productos farmacéuticos y avances en biogenética.

El Defensor del Pueblo compareció ante el Juzgado Primero de lo Civil de Pastaza para promover la acción de amparo constitucional en contra de los signatarios de dicho contrato, impugnando su suscripción por ser un acto jurídico inconstitucional, ilegal y atentatorio de los derechos de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo Huaorani respecto a sus tierras comunitarias.

El día 27 de noviembre del 2006, el Juez Primero de lo Civil de Pastaza negó la procedencia del recurso de amparo interpuesto por el Defensor del Pueblo, elevándose éste al Tribunal Constitucional.

El concepto de “derechos colectivos y ancestrales” utilizado por el Tribunal Constitucional

La concepción de “derechos colectivos y ancestrales” usada por el Tribunal Constitucional de Ecuador gozaba de una preeminencia importantísima dentro de la Constitución de 1998, sin embargo, dichos derechos no podían garantizarse de manera inmediata por la reserva de ley que agobiaba el texto, lo que hacía que la falta de norma secundaria que proporcionara los medios de cumplimiento, permitiera argüir a los jueces que los derechos no eran de obligatorio acatamiento por parte del Estado. Sin embargo, esta limitación no podía supeditar simultáneamente la obligación del Estado de proteger estos derechos.

La Constitución de 1998 contenía una herramienta básica e importante en la protección de los derechos contenidos en la Constitución, este recurso era la “acción de amparo constitucional”, acción que, por su naturaleza, era sumaria y cautelar, en otras palabras, tenía como objetivo, evitar o cesar la comisión de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, además de remediar las consecuencias de dicho acto⁸⁶.

Dentro del caso de la comunidad indígena Huaorani en contra de ONHAE y la Empresa Eco Genesis Development LLC., el Tribunal Constitucional tuvo que realizar varias concesiones con el objetivo de promover y proteger los Derechos Colectivos y Ancestrales. Ese Tribunal, primeramente, tuvo que determinar la naturaleza civil del usufructo, para, luego, vincular dicha naturaleza con la violación de los artículos constitucionales enunciados en la demanda⁸⁷ de Acción de Amparo. El primer obstáculo del Tribunal fue establecer su competencia.

86 La anterior Constitución Política de Ecuador se refería al Amparo en su Art. 95, donde disponía la inminencia del daño grave causado por el acto de una autoridad pública, sin embargo, también indicaba que se podía presentar una acción de Amparo cuando la conducta de un particular afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

87 El Defensor del Pueblo, enunció los siguientes artículos dentro de la demanda, para que el Tribunal pueda resolver sobre su violación como consecuencia del acto impugnado: artículos 3 numeral 3; 23 numeral 6; 84 numeral 2; 86 inciso 2 y 91 inciso 2 de la anterior Constitución Política del Ecuador.

La primera pregunta que surgió fue: ¿es posible que el Tribunal se pronuncie en base a la impugnación de un contrato bilateral, siendo éste contrato un acto entre particulares⁸⁸? Para encontrar la respuesta a esta pregunta, el TC tuvo la necesidad de definir, en primer lugar, la naturaleza de las controversias contractuales y aquellas constitucionales; de esta forma, el Tribunal sostuvo que los conflictos contractuales son aquellos conflictos jurídicos surgidos en ocasión al nacimiento, la ejecución y terminación de un contrato, entendido este último como: “una de las formas típicas de nacimiento de las obligaciones en virtud de las cuales una persona natural o jurídica se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁸⁹, por lo que referirse a estas situaciones sería inmiscuirse en cuestiones de legalidad.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal desestimó que dicha controversia sea contractual, ya que la cuestión iba dirigida a la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad Huaorani por la firma del contrato en referencia, y no en relación al nacimiento, ejecución o terminación de dicha actividad contractual. Concluyó, de esta forma, asegurando que la razón de la “acción de amparo” no iba encaminada hacia la legalidad del cumplimiento o incumplimiento del contrato, sino hacia la vulneración de los derechos colectivos de la comunidad indígena, como resultado del cumplimiento de dicho contrato, materia plenamente impugnada mediante la “acción de amparo”.

El Tribunal, entonces, tuvo que enfrentar una nueva dificultad relacionada con la naturaleza particular o pública de la actuación de la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE). La sentencia es clara al determinar que las actuaciones de las autoridades indígenas son públicas, única y exclusivamente, cuando ejercen funciones jurisdiccionales⁹⁰. En el caso en cuestión, la actuación de la ONHAE es

88 Este fue el argumento usado por el juez El Juez Primero de lo Civil de Pastaza para “negar el recurso de amparo constitucional planteado” por la improcedencia de la vía procesal escogida por el demandante para resolver la cuestión debatida en relación al Art. 50 numeral 6 del Reglamento del Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional (Resolución del Tribunal Constitucional 262, Registro Oficial 492 de 11 de Enero del 2002.)

89 Código Civil de Ecuador, Suplemento Registro Oficial N° 46 del 24 de junio de 2005. Art. 1480, 10 de mayo de 2005.

90 Constitución Política del Ecuador (1998), publicada en el Registro Oficial N° 001 de 11 de Agosto de 1998. Art. 95.

totalmente particular o privada⁹¹, pues ejerce la representación de la Comunidad Huaorani, lo que no cumple con la cualidad antes señalada. Sin embargo, el Tribunal hizo bien al traer a reflexión el inciso 3 del art. 95 de la Carta Magna de 1998, en el cual se disponía que la “acción de amparo” también proceda sobre actuaciones de sujetos particulares que no sean acordes al interés colectivo y difuso de la comunidad, logrando, entonces, establecer la procedencia del “amparo constitucional” en el caso en cuestión, a pesar de que el acto impugnado haya sido realizado por personas jurídicas de carácter privado, como se supone es la ONHAE, ya que, por medio de su actuación, se vulneraron derechos colectivos de la comunidad, al afectar la integridad de las tierras comunitarias de este pueblo indígena. Al mismo tiempo, estableció la responsabilidad de los servidores públicos que permitieron la celebración del contrato, porque, a través de dicha decisión, se afectó, de manera severa, a la supervivencia e integridad cultural, territorial y ambiental del pueblo Huaorani.

Sobre este último aspecto, el Tribunal Constitucional hace un análisis de gran trascendencia respecto a los derechos enmarcados dentro de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, estableciendo que: “Una de las reglas constitucionales (...) es, precisamente, aquella que estipula el carácter intangible e inalienable de las tierras comunitarias de los pueblos indígenas, regla cuya aplicación tiene como consecuencia práctica la obligación de negarse a participar por acción u omisión en la celebración de cualquier negocio jurídico que contraríe estas disposiciones constitucionales.”⁹², incentivando este aspecto al indicar que la concesión de dicho usufructo puso en grave riesgo la supervivencia física y cultural del pueblo Huaorani; este riesgo o daño grave se vincula, de forma directa, con la tenencia y propiedad ancestral de los pueblos indígenas⁹³. Referida te-

91 La Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE) es una entidad de derecho privado, conformada por varios Nani Kemeño con personalidad jurídica reconocida por el Estado, a través del Ministerio de Bienestar Social, según se desprende del acuerdo ministerial No. 001050 del 16 de mayo de 1994.

92 Tribunal Constitucional de Ecuador, Ref. 6.

93 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aclara que esta tenencia y propiedad ancestral está ligada a “continuidad histórica (donde). El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación” Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo). *Awat Tingni Vs. Nicaragua*

nencia está regida por un concepto ancestral de propiedad comunal, el cual no recae en un solo individuo, sino en la comunidad en general. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estipulado que las comunidades y pueblos indígenas:

tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁹⁴.

El Tribunal Constitucional del Ecuador manejó un criterio similar y resolvió, dentro del caso en discusión, declarar procedente el amparo constitucional, además de señalar el contenido del contrato realizado entre la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE) y la Empresa Eco Genesis Development LLC., como contrario a las disposiciones constitucionales, llegando también a remitir lo actuado a las autoridades indígenas de la comunidad Huaorani, para que sean ellas quienes juzguen y sancionen la conducta de los representantes de ONHAE bajo sus propias normas y procedimientos.

Mediante la Resolución N.º 1491-06-RA del 24 de septiembre del 2008, con ponencia del autor, entonces vocal magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador, se logró fundamentar y garantizar, desde la esfera de la protección constitucional, una lectura y aplicación amplia de los “derechos colectivos y ancestrales”.

El caso de la Comunidad Huaorani contra la Organización de Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE) y la Empresa Eco Genesis Development LLC, es un claro ejemplo de cómo los “derechos culturales y ancestrales”, a pesar de las limitaciones normativas que tenía el ex Tribunal Constitucional, a partir de esta resolución y por la naturaleza de

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo). *Awat Tingni Vs. Nicaragua* Sentencia de 31 de agosto de 2001

la argumentación del fallo, dejaron de ser simples declaraciones de buena voluntad estatal, para convertirse en derechos justiciables.

Así las cosas, queda fuera de toda duda que la casuística judicial constitucional, el debate académico y la reflexión jurídica sobre casos de protección de derechos indígenas y ambientales, son el precedente histórico que, en el Ecuador, ha permitido que la evolución de estos derechos se transforme en el *corpus constitucional*, que deberá ser tomado como referencia doctrinaria, al momento de desarrollarse los contenidos constitucionales del denominado Régimen del Sumak Kausay, para asegurar el reconocimiento y garantía de los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en la Constitución del 2008.

La sentencia referida atribuye una connotación mucho más amplia al concepto de estos derechos colectivos porque, a la vez que los reconoce, proclama la interdependencia de todos los derechos y fundamenta que la protección y vigencia de los derechos colectivos genera una interrelación con los derechos individuales de las personas que conforman esos grupos, permitiéndoles el disfrute de una vida digna, pues es a través de la satisfacción de estos derechos que llegan a formar parte de la comunidad en la que se desenvuelven y lo que les permite preservar su legado para futuras generaciones.

La Corte Constitucional del Ecuador (ex-Tribunal Constitucional), tiene en la actualidad una gran carga dentro de sus competencias: la evolución y consolidación de estos derechos y su cumplimiento obligatorio en la jurisprudencia de la Corte, lo que conducirá al Ecuador, sin lugar a dudas, a erigirse como un Estado precursor en la garantía de los derechos fundamentales, más aún respecto a su consolidación como Estado intercultural y plurinacional, en consonancia con la garantía de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

La consulta pre-legislativa como elemento sustancial para la garantía de los derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades

El Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición, al votar la Sentencia N.º 001-10-SIN-CC de 18 de marzo del 2010, mediante la

cual declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley de Minería⁹⁵, acogió íntegramente el razonamiento del voto alternativo elaborado por el autor, donde, a partir del análisis e interpretación constitucional de varios artículos, entre otros, el artículo once numeral cinco de la Constitución de la República, se decidió establecer reglas para que la Asamblea Nacional implemente el proceso de “consulta pre-legislativa” establecido en el artículo cincuenta y siete numeral diecisiete de la Constitución. Esta disposición constitucional establece que el órgano legislativo debe organizar un proceso de consulta con las comunidades, pueblos y nacionalidades, previo a la aprobación de leyes que eventualmente puedan afectar derechos de estas colectividades. Al constatar que, en efecto, no existía dispositivo normativo alguno que ordene el proceso de consulta, el informe alternativo hizo uso de los principios de aplicación directa e inmediata de la Constitución, así como de la facultad de interpretación en el sentido que sea más favorable a la vigencia eficaz de los derechos constitucionales y, con el propósito de no dejar en la indefensión a un numeroso e importante sector de la sociedad, claramente protegido por el capítulo cuarto de los “derechos colectivos”, propuso, y así se aprobó, de manera casi unánime, las reglas para la implementación de la consulta pre-legislativa.

Casi dos meses después de publicada la sentencia respecto de la Ley de Minería, en medio de una movilización nacional de los pueblos indígenas, el legislativo se aprestaba a aprobar la “ley de recursos hídricos”, conocida como la “ley del agua”. El principal de la Asamblea Nacional, al conocer el texto de la sentencia sobre la “ley de minería”, en la parte pertinente a la consulta pre legislativa, resolvió someter a esta consulta el proyecto de la Ley del Agua, al constatar que la sentencia dictada por la Corte Constitucional era de obligatorio cumplimiento. Esa decisión obtuvo el apoyo de la función ejecutiva, incluso de los mismos movimientos políticos representantes de los pueblos indígenas, quienes, entre el desconcierto y la desconfianza, al final del día, tuvieron que aceptar las nuevas reglas de juego. A partir de ese momento y de manera inédita, se abrió un

⁹⁵ La Ley de Minería fue objeto de impugnación constitucional por parte de la Confederación de Nacionalidad Indígenas del Ecuador (CONAIE), y otras organizaciones.

amplísimo espacio de debate en todos los medios de comunicación, no respecto de la legitimidad y constitucionalidad de la decisión de la Corte, sino respecto del alcance de la sentencia, buscando definir los procedimientos, tiempos, actores, preguntas y mecanismos para implementar la consulta.

Quedó demostrado que, a partir de la sentencia que estableció la consulta pre-legislativa, habría un antes y un después en el marco del sistema legislativo y jurídico en el país. Este cambio se lo puede resumir en los siguientes aspectos: uno, que el nuevo orden jurídico constitucional entró en vigencia al reconocerse las facultades y competencias de la Corte Constitucional de transición por parte de todos los actores sociales y, principalmente, los de naturaleza política, que ostentan la mayor legitimidad democrática, quedando en claro que ningún órgano o función pública está por sobre la Constitución. Otro aspecto medular tiene que ver con la consagración definitiva del carácter normativo de la Constitución al aceptarse por los distintos actores del conflicto, la naturaleza vinculante, obligatoria y de última instancia de los fallos de la Corte, y, finalmente, para los efectos de la vigencia efectiva de los derechos, la consulta pre-legislativa, a partir de estos acontecimientos, será un requisito *sine qua non* en los procesos legislativos que puedan afectar, no cualquier derecho, sino específica y particularmente los derechos colectivos consagrados en el artículo cincuenta y siete de la Constitución.

Para ilustrar los fundamentos jurídicos que se desarrollaron para dotar de contenido a los elementos sustanciales de la Consulta pre-legislativa, incorporo algunos acápites de la sentencia que permitirán comprender de mejor manera la importancia y trascendencia de la decisión adoptada. Se presenta en primer lugar la formulación de la pregunta jurídica central que orienta la reflexión, luego se hace una precisión inédita de los contenidos que deben ser asumidos como derechos colectivos y por último se explica las razones por las que la consulta pre legislativa es parte de esos derechos, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa?, y ¿se trata de un requisito de carácter formal?

El primer problema jurídico sustancial que plantea la demanda es si la determinación de la consulta pre-legislativa prevista en la Carta Funda-

mental, constituye o no un requisito procedimental de carácter formal, como en efecto lo arguyen los accionantes o, por el contrario, se trata de un derecho de carácter sustancial.

En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo.

Para fundamentar esta aseveración, a continuación, la Corte considera necesario desarrollar y conceptualizar determinados términos y frases incorporadas por el Constituyente en el Capítulo IV de la Carta Fundamental.

¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?

Una definición básica de derechos colectivos entiende que estos derechos son atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial, y no solo formal.

En el Ecuador, la Constitución Política de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio, que abarcaba, por lo menos, tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad entre hombres y mujeres, igualdad de derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legítima, de manera exclusiva y preferente, como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador (artículos 57, 58 y 59 C.E).

Sobre la cuestión de la titularidad de estos derechos tenemos que, a diferencia de los clásicos derechos individuales y colectivos, éstos recaen

sobre un grupo humano considerado no como agregado de intereses individuales, sino como verdadero sujeto moral autónomo.

Esta clase de derechos colectivos se diferencian de otros derechos, como, por ejemplo, de los llamados derechos de grupo que las Constituciones modernas reconocen a los grupos de intereses, a los cuales les atribuye la posibilidad de ejercer acciones populares, acciones de grupo, o acciones afirmativas, sin llegar a reconocerles la calidad de sujetos colectivos de derechos.

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

Respecto de la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de estos derechos a través de la jurisdicción, mejor conocida como justicia-bilidad de los derechos colectivos, tenemos que ésta es la característica que diferencia a los derechos del resto de facultades y prerrogativas éticas y sociales que conforman los sistemas de control y regulación social. En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto que, a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, solo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.

En resumen, los derechos colectivos reconocidos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, participan de los siguientes elementos que los diferencian de los clásicos derechos individuales en cualquiera de sus manifestaciones:

- a) Su titular es un sujeto colectivo autónomo, no una sumatoria de intereses y voluntades individuales;
- b) Su contenido es concebido como una garantía de realización de la igualdad material de los grupos étnicos y culturales respecto de los demás miembros de la sociedad;

- c) La condición que determina la existencia del derecho colectivo no depende de la acción u omisión de sus titulares, sino que depende de la existencia de un poder jurídico de actuación autónoma de éstos en caso de incumplimiento.

Por otro lado, el reconocimiento de garantías, y particularmente “garantías jurisdiccionales” que hace el texto constitucional de derechos colectivos a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, materializa el pluralismo jurídico y el reconocimiento del Estado ecuatoriano plurinacional.

Esto, además, nos conduce a establecer que las denominaciones de *comunas*, *comunidades*, *pueblos* y *nacionalidades* son las formas culturales de organización a las que la Constitución reconoce la titularidad de derechos colectivos. Actualmente, en el Ecuador existen 15 nacionalidades indígenas y 16 pueblos distribuidos en las tres regiones del país⁹⁶. En consecuencia, esta Corte señala que la Constitución ha delimitado con claridad quiénes son los únicos legitimados activos para hacer efectivos los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades.

En este punto, es importante analizar el argumento de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, que sostiene: “(...) en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados ‘derechos colectivos’, y que, la Ley de Propiedad Intelectual, única que se refiere a ello, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que, de igual forma, no se ha dictado la Ley referente a las nacionalidades indígenas”.

Para esta Corte es preciso dejar en claro que la Constitución ecuatoriana está dotada de fuertes instrumentos que garantizan la plena vigencia de los derechos reconocidos. Entre éstos, los más relevantes para el presente caso son la directa e inmediata aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando éstos son más favorables a la vigencia de los derechos, aún a falta de ley (artí-

⁹⁶ Información pormenorizada respecto al tema, se puede consultar en www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230

culos 11, numeral 3 y 426 C.E.); y la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (artículo 424 C.E.). En tal sentido, a la luz de esta reflexión, el argumento expuesto por el representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional no es correspondiente a la nueva realidad constitucional.

¿Es la Consulta Prelegislativa un derecho colectivo?; ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en relación a la consulta previa, dispone:

[...] Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; adicionalmente [...] Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

A partir de lo expuesto, es evidente que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, constituye el marco genérico de regulación de las consultas pre-

vias a realizarse con anterioridad a la adopción de medidas legislativas o administrativas. En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...

Artículo 57. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7, relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo *sine qua non* que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Ahora bien, una vez definida la existencia de dos tipos de consulta en tanto derechos colectivos, esta Corte no puede dejar de clarificar, de manera breve, uno de los argumentos esgrimidos dentro del proceso por parte de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, y que resultará sustancial dentro del presente test de constitucionalidad:

(...) si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la una sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas⁹⁷.

Dicho argumento confunde distintos niveles de participación que existen en cuanto a la adopción de medidas legislativas o administrativas. Específicamente, confunde tres tipos de consulta: la consulta popular establecida en el artículo 104 de la Constitución como mecanismo de ejercicio de derechos de toda la ciudadanía; la consulta reconocida en el artículo 398⁹⁸ –consulta en materia ambiental dirigida a la comunidad en general, sin especificación o diferenciación alguna– y las consultas previas, propias de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades,⁹⁹ que por el fondo y por la forma, son totalmente diferentes a las consultas señaladas. En efecto, a partir de una lectura textual de los preceptos constitucionales en mención, es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que deben dirigirse y, como se dijo en líneas anteriores, en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la ciudadanía en general.”¹⁰⁰

97 Fs. 87 del proceso.

98 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 398: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente.”

99 Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008. Artículo 57 numerales 7 y 17: (...) “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforme a la Constitución y la ley. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

100 Sentencia N.º 001-10-SIN-CC, aprobada 18 de marzo del 2010, publicada en el Registro Oficial N.º 176, de 21 de abril de 2010.

Hasta aquí el texto de la sentencia. Es justamente en el proceso previo a la aprobación del Proyecto de “ley de recursos hídricos”, que el titular de la Asamblea Nacional, incorpora al debate legislativo la Consulta pre-legislativa, establecida en esta sentencia de la Corte Constitucional, iniciándose, por primera vez, un generalizado debate público respecto de los contenidos y alcances de la sentencia en relación a la consulta pre-legislativa y sus mecanismos de implementación.

De las palabras a los hechos. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) frente a los tribunales: el derecho a la salud.

Todo proceso de cambio civilizatorio exige de sus actores persistencia a lo largo del tiempo y estímulo a los designios sociales y políticos para que se dinamice su desarrollo. Esta transformación, cuando es profunda, no implica que deba producirse de manera inmediata o que sea perfecta; bastaría que, en todo caso, abra las puertas hacia la ampliación de caminos sociales, logrando que los principios y valores superiores del ser humano y de las colectividades y pueblos se vayan impregnando en sus instituciones, prácticas y procesos culturales, relacionadas con las nociones de justicia y equidad social, entendidas éstas como la búsqueda de la dignidad humana integral en todos sus aspectos y sus diferencias, para así asegurar las bases promotoras de las verdaderas transformaciones de época, frente al milenio en ciernes.

Como habíamos anticipado, las transformaciones profundas, los cambios civilizatorios dependen de los actores que las conforman, lo que implica que sus esfuerzos y esperanzas no pueden remitirse únicamente a hechos históricos, al contrario, éstos deben ser los pilares de nuevos avances que respalden esos cambios y entonces sí logren perpetuar su lucha en el componente humano y en el entorno social e institucional.

El objeto del siguiente análisis es estudiar el desarrollo jurídico constitucional del concepto de los DESC, contenido en la Constitución aprobada por Referéndum en septiembre del 2008, a partir del examen de la Sentencia 0012-09-SIS-CC y, además, se pretende evidenciar, por otro lado, cómo la Constitución del 2008 no solo garantiza los derechos con-

tenidos en ella, sino que, correlativamente, garantiza y reconoce los derechos comprendidos en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰¹ o instrumentos regionales como el Protocolo de San Salvador¹⁰², y que al carecer de jerarquía o prelación para su defensa, deben ser entendidos como cuestiones indispensables para la dignidad humana, y requieren del esfuerzo coordinado del Estado y la población para su estricto cumplimiento, dando paso, entonces, a la responsabilidad del Estado en materia de su vulneración.

La Corte Constitucional del Ecuador ha tomado en cuenta estos preceptos dentro de varias de sus decisiones, superando el mito de los DESC como derechos simplemente programáticos y no susceptibles de iniciativas de justiciabilidad.

En este contexto, es necesario examinar la naturaleza de los DESC dentro de uno de los más álgidos debates sobre la progresividad de los derechos humanos. Partiendo desde su pronta categorización como “derechos de segunda generación”, diferenciándolos, notablemente, de los “derechos políticos y civiles”, éstos sí, plenamente exigibles, y su aún más rápida clasificación como derechos programáticos en Estados decimonícos y ultra legalistas, hasta su relego al campo de justiciabilidad abstracta, dependiente siempre de la existencia, o no, de fondos económicos que propendan a su cumplimiento.

El imaginario colectivo respecto del contenido y alcances de la noción de derechos humanos en los países y sistemas judiciales de América Central y América del Sur, a partir de la mitad del siglo pasado, surge mediatizado por dos situaciones: la primera, determinada por el reconocimiento internacional que otorga el sistema de las Naciones Unidas a los derechos civiles y políticos, a partir de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, en el ámbito de la Organización de

101 Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrado en vigor el 3 de enero de 1976.

102 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999 y suscrito por Ecuador el 25 de marzo de 1993.

Estado americanos (OEA), la aprobación de la Convención Americana para los Derechos Humanos, que consagra a los entonces denominados derechos de primera generación como derechos justiciables ya que cuentan con órganos de justicia regionales como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y, la segunda, por la emergencia, a partir de la década de los cincuenta y sesenta, de feroces dictaduras como las de Somoza y Duvalier en Nicaragua y Haití, así como los posteriores procesos dictatoriales en el Cono Sur.

Esta realidad histórica, política e institucional, construyó un imaginario colectivo donde la defensa de los derechos humanos significaba la lógica defensa frente a las arbitrariedades del poder representado por gobiernos dictatoriales, con amplísimos récords de desapariciones, muerte y tortura, donde la libertad de expresión, derecho de asociación, inviolabilidad de domicilio, debido a procesos y otros derechos llamados de las libertades, eran los únicos derechos humanos reconocidos como tales, vale decir, eran protegidos, garantizados y judicializados, tantos en las cortes locales como en los órganos del sistema interamericano; cualquier otro, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, o llamados de segunda generación no eran percibidos más que como meras aspiraciones, derechos programáticos a satisfacer, condicionados a la existencia de recursos financieros en los respectivos Estados. En ese contexto, un Estado de la región, su gobierno y autoridades, podían estar sometidos a fuertes presiones políticas internas y acciones judiciales nacionales, así como frente al sistema interamericano, si por ejemplo, en un proceso electoral no disponían de los recursos económicos suficientes e inmediatos, para asegurar el cumplimiento del derecho al voto de los ciudadanos; sin embargo, ese mismo Estado, gobierno y sus representantes, no eran susceptibles de acción política o legal alguna, si en la aprobación del presupuesto del Estado, realizaban recortes inmensos en los rubros de inversión social, léase salud, educación, vivienda, empleo o seguridad social, y dejaban a amplios sectores de la población sin la posibilidad de satisfacer sus más elementales necesidades, ya que a estas necesidades no se las consideraban como derechos exigibles.

Los DESC han sido inobservados por Estados liberales que patrocinaban más la preservación de los derechos denominados de libertad, que la

garantía y protección eficaz de los derechos como la salud, educación, vivienda o alimentación, todos vinculados al desarrollo social.

De esta manera, la doctrina tradicional ha tomado los DESC como meras aspiraciones que pueden o no ser obligatorias para el Estado, convirtiéndolos en derechos programáticos.

Es en este contexto histórico que se debe comprender el inmenso salto que implica para la vigencia de los derechos humanos integrales en el país, las decisiones adoptadas por el órgano constitucional en el Ecuador, en relación a la protección, garantía y defensa judicial eficaz de los derechos sociales.

En la actualidad, y bajo el mandato constitucional vigente, la premisa de la satisfacción de condiciones indispensables para asegurar una vida digna, un buen vivir, está íntimamente ligado a la garantía, protección y respeto de los, ahora denominados, derechos constitucionales tales como: alimento, vivienda, educación, salud, empleo digno y otros, que hoy, gracias al texto constitucional, dejaron de tener categorías generacionales u orden de prelación para su cumplimiento, puesto que en Montecristi, al tratar el tema de los derechos humanos, se recuperaron las raíces históricas de los mismos al declararlos como únicos, indivisibles e interdependientes, terminando con una odiosa segregación que discriminó, por más de medio siglo, a los derechos sociales y que hoy tienen el mismo nivel y rango constitucional que todos los demás derechos.

Aquí radica la importancia trascendental del cambio constitucional que produce en el sistema jurídico nacional las decisiones que, en este campo, ha adoptado la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia reciente.

Antecedentes de la Sentencia 0012-09-SIS-CC

La sentencia estudiada se refiere a la Acción de Incumplimiento de Sentencias o Resoluciones Constitucionales, por la cual el accionante solicita el cumplimiento de la Resolución N° 0244-2008-RA del 14 de julio del 2008 de la Tercera Sala del ex-Tribunal Constitucional, que aceptó el amparo constitucional a su favor y se dejaron sin efecto los actos administrativos ilegales, expedidos por los funcionarios del IESS que le privaron

de sus prestaciones y servicios que, como jubilado, le pertenecen, decidiendo, además, revocar la resolución dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito.

El conflicto constitucional surge a partir de la emisión de la resolución N° 2006-1614 del 08 de mayo del 2006 de la Subdirección Provincial del Sistema de Pensiones de Pichincha, ratificada por la Comisión de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS y por la Comisión Nacional de Apelaciones del Seguro Social,¹⁰³ que privó al accionante de sus prestaciones como jubilado, inclusive aquellas relacionadas con el acceso a la salud.

El 14 de marzo de 2007, cuando el accionante aún no contaba con las prestaciones que el IESS debía prestarle, sufrió de “un cuadro patológico de manifestación súbita y grave”¹⁰⁴, como lo es una neumonía severa, adquirida en la comunidad, más infarto agudo al miocardio¹⁰⁵, hecho que lo llevó a presentarse ante el Hospital del Seguro “Carlos Andrade Marín”, sin que haya sido atendido por los inconvenientes que enfrentaba respecto a sus derechos como jubilado, lo que lo obligó a dirigirse al Hospital Militar de las Fuerzas Armadas, siendo internado en dicha casa de salud hasta el 23 de abril del mismo año, debiendo pagar la cantidad de 26,862.53USD.

El accionante presenta el Amparo Constitucional referente al tema de la privación de sus derechos como jubilado. Amparo que le es otorgado y da paso a presentar un petición de compensación de gastos médicos adeudados al Hospital Militar de las Fuerzas Armadas, solicitud que, mediante el informe: 21301700-CCGM-0358 de la Comisión de Compensación de Gastos Médicos, del 10 de noviembre del 2008 indica que no puede llevarse a cabo el estudio de los gastos médicos en los que incurrió el accionante, debido a que la solicitud fue presentada de forma extemporánea, citando el art. 5 de la resolución N° C.I. 009 expedido por la Comisión Interventora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

103 Se ha referencia a las resoluciones N° 32001700-0856 del 23 de junio de 2006 y la resolución N° 06-0439 del 17 de octubre de 2006 respectivamente.

104 Resolución C.I. 009 de la Comisión Interventora del IESS, artículo 4, segundo inciso.

105 Así lo expone el certificado médico expedido por el Hospital General de las Fuerzas Armadas. (fojas 11)

Si bien es cierto el IESS, cumple con lo dispuesto en la Resolución N° 0244-2008-RA en lo referente a la restitución de los derechos de seguridad social y jubilación, el informe 21301700-CCGM-0358 de la Comisión de compensación de gastos médicos y en base al oficio 12000000-96, del Tribunal Contencioso Administrativo de Pichincha, no logra la reparación integral del daño causado al solicitante por la emisión de la resolución N° 2006-1614 del 08 de mayo del 2006 de la Subdirección provincial del sistema de pensiones de Pichincha, ratificada por la Comisión de prestaciones y controversias de Pichincha del IESS y por la Comisión nacional de apelaciones del seguro social¹⁰⁶, por lo que se presenta la “Acción de incumplimiento” de sentencias y dictámenes constitucionales, objeto del presente análisis.

El primer gran aspecto en el que se centra la Corte Constitucional, además de la determinación de la legitimidad activa y pasiva, como también de su competencia, es la de determinar la naturaleza y significado de la acción por incumplimiento de sentencias o dictámenes constitucionales. Dicho aspecto cobra doble importancia dentro del nuevo modelo constitucional adoptado por el Ecuador en el 2008, ya que responde, en un principio, al reconocimiento de la competencia de la Corte Constitucional a conocer la causa y, en segunda instancia, también al desarrollo teórico-educacional sobre las nuevas garantías de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, generando, de esta manera, una concepción más clara en la protección y garantía de los derechos constitucionales.

De esta manera, la Corte Constitucional determinó con claridad que es el órgano llamado a resolver las acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales al ser entendida como una “atribución inherente a su propia naturaleza como órgano máximo de control, interpretación y administración de justicia constitucional”¹⁰⁷.

Es imperativo comprender la necesidad de generar medios de cumplimiento y garantía de los derechos constitucionales, más aún cuando dicho

106 Se hace referencia a las resoluciones N° 32001700-0856 del 23 de junio de 2006 y la resolución N° 06-0439 del 17 de octubre de 2006, respectivamente.

107 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 0012-09-SIS-CC, Juez Constitucional Sustanciador: Doctor Patricio Pazmiño Freire, 08 de octubre de 2009, Quito-Ecuador. Pg. 3.

incumplimiento vulnera un mandato constitucional, que viene a ser la sentencia o dictamen transgredido. La Corte aclaró las dos facetas de las que goza la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales al sostener que: “la primera es la de garantizar un efectivo recurso para la protección de derechos constitucionales y fundamentales por medio de la ejecución de la sentencia. El segundo objetivo es el de dar primacía a las normas y derechos contenidos en la Constitución”¹⁰⁸.

La Corte, demostrando además una aplicación mucho más abierta acerca del reconocimiento de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, toma en cuenta los estándares de cumplimiento de la Corte interamericana de derechos humanos, asegurando que:

el derecho a una protección judicial efectiva no sólo conlleva la existencia de recursos cuya naturaleza sea la de reparar el daño proveniente del incumplimiento o violación a un derecho fundamental¹⁰⁹, sino que estos recursos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos antes mencionados¹¹⁰, más aún cuando dichos derechos provengan de la Constitución¹¹¹.

De esta manera, el mayor órgano de Justicia Constitucional en el país asegura que la naturaleza de la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se relaciona directamente con el sentido de

108 Los derechos constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que, sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución (Bloque de Constitucionalidad). Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 0012-09-SIS-CC, Juez Constitucional Sustanciador: Doctor Patricio Pazmiño Freire, 08 de octubre de 2009, Quito-Ecuador. Pg. 3.

109 Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008 y Caso Aceveda Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

110 Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001 y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

111 El Art. 172 de la Constitución de la República de Ecuador, en su segundo inciso, garantiza el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, igualmente, en su tercer inciso genera responsabilidad de juezas y jueces respecto al perjuicio causado a la partes de un proceso por el retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

“justicia abierta” por el cual: “la causa no termina con la expedición de la sentencia sino hasta que se hayan cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral” (Ávila Santamaría, 2008), por lo que la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales es, en palabras de la propia Corte Constitucional, “un derecho fundamental de todas las personas para acceder realmente a una protección judicial efectiva que haga prevalecer sus derechos y no genere un estado de plena indefensión para los afectados”.

La salud un derecho justiciable: la reparación integral del daño

El aspecto en el que se centra la Corte al analizar el caso es la determinación del carácter justiciable del derecho a la salud y los medios de reparación integral por los daños causados al accionante. Inicia su análisis identificando el objeto de las acciones por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales,

La primera cuestión acerca del carácter justiciable de los DESC abarca una evolución que deriva en la concepción social de estos derechos, evitando su errónea proyección como derechos programáticos, es más, fue éste errado concepto el que logró dominar la práctica estatal durante el siglo XIX y principios del siglo XX, enmarcado dentro de la teoría tradicional de los derechos humanos, por demás arbitraria y separatista, donde los derechos civiles y políticos (de primera generación) podían ser garantizados por el Estado, mientras que los DESC sólo lo eran en medida de las posibilidades del Estado, lo que degeneraba en un obstrucción a su garantía y cumplimiento, así, “los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado –por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada– mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo –por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda– ” (Courtis, 2009). Dicha teoría resolvía que los derechos civiles y políticos respondían a la abstención, por lo que los actos estatales que los vulneraban podían ser anulados por medio de protección judicial, restituyendo, en gran medida, los daños provenientes de dicha

acción; mientras que los segundos suponían la disposición de fondos estatales, por lo que la protección judicial no podría abrogarse la función correspondiente al ejecutivo y legislativo y, por tal, no podía imponer el cumplimiento de dichos derechos (Courtis, 2009:5). Sin embargo, los derechos humanos han demostrado estar interrelacionados, por lo que todos los derechos, para su correcto ejercicio, implican obligatoriamente el actuar del Estado para alcanzar su garantía y protección, mientras que la abstención tiene como objeto evitar su vulneración.

La Corte Constitucional sigue realizando su análisis respecto de la vulneración de los derechos del accionante, como consecuencia del incumplimiento de la Resolución N° 0244-2008-RA del 14 de julio del 2008 de la Tercera Sala del ex-Tribunal Constitucional y se propone, como primer objetivo, determinar si dicho incumplimiento realmente existió y, en caso de existir, en qué consistía la reparación integral de los daños causados. De esta manera, la Corte aclaró que:

la reparación integral es una forma de hacer justiciables y garantizar los derechos contenidos en la Constitución; su incumplimiento da paso a que las garantías secundarias actúen para que sus disposiciones sean observadas (Ferrajoli, 2001)¹¹², por lo que la obligación Estatal no se limita a remediar el daño inmediato; al contrario, debe reparar el daño íntegro, incluso aquellos que no forman parte de la pretensión del accionante, pero que se deslindan a partir de la violación del derecho fundamental.

Concepto que, además, abarca la “justiciabilidad” de los DESC que implica el acceso efectivo a mecanismos legales que garanticen derechos reconocidos en la Constitución e implican la posibilidad de los ciudadanos de contar con un recurso real y efectivo para la protección de sus derechos, cuando éstos han sido vulnerados por los responsables de cumplirlos, por lo que la Corte nuevamente determinó que:

¹¹² El profesor Luigi Ferrajoli, en su tratado “*Derechos y garantías. La ley del más débil*” (Trotta, 2001), diferencia los derechos fundamentales de la garantías, exponiendo la existencia de dos tipos de garantías principales. Las primeras de ellas son las garantías primarias, cuyo objetivo consiste en servir como una denuncia de incumplimiento de los poderes públicos en la consecución de dichos derechos fundamentales, las segundas llamadas garantías secundarias engloban los procesos por los cuales logran cumplir dichas obligaciones.

las garantías constitucionales deben ser entendidas como un derecho vinculado a la tutela efectiva y la reparación es un condicionamiento obligatorio del Estado en búsqueda de su cumplimiento para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos.

Así, la Corte logra superar las limitaciones impuestas por discursos anacrónicos y da paso a un nuevo garantismo social, esta vez conceptualizando el papel de órganos jurisdiccionales del Estado, como responsables de otorgar un carácter plenamente justiciable a los DESC.

Así la Corte legitima la existencia de la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, como un recurso efectivo para garantizar los derechos constitucionales y, por otro, impregna un nuevo sentido a los DESC en nuestro país. Ahora bien, el máximo órgano de justicia constitucional, no se centra únicamente en la justiciabilidad de los DESC, sino en la naturaleza del derecho a la salud como un derecho constitucional que, como tal, no puede ser objeto de ninguna privación, ya que el Estado está obligado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud¹¹³, es más la Corte llegó a concluir que:

no brindar dicha atención generaría su incumplimiento, además, se adquiriría, de esta manera, el compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar, real y efectivamente, estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance, por lo que no pueden establecerse limitantes a la reparación, más aún cuando dichos limitantes pueden violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales y, por tal, no resulta concebible que las instituciones que brindan dicha atención, se rehúsen a aceptar a una persona que la requiere de manera urgente.

Esta acotación llevó a la Corte Constitucional a determinar que: “los beneficios de los que debe gozar el jubilado no son únicamente aquellos que emanan de sus prestaciones pecuniarias, es decir su pensión jubilar y

113 Artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

de cesantía, sino también de otros servicios, particularmente de salud”; el derecho a la salud, entonces, ha llegado a ser sustancial en la protección de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Así, la Corte Constitucional reconoce el derecho a la salud como un derecho constitucional y se percató de la necesidad de determinar con claridad el titular de dicho derecho, el deudor de las obligaciones, en estos casos positivos y negativos, además el alcance de sus obligaciones, restricciones y limitaciones (Courtis, 2009:121). Consideró que el Instituto ecuatoriano de seguridad social es responsable de aportar sistemas y programas de salud a sus jubilados y asegurados, por lo que cuenta con sinnúmero de dispensarios médicos y hospitales, debiendo abstenerse de impedir el acceso a dicho servicio, por lo que también cuenta con una comisión especializada para reembolsos de gastos que, por motivos fortuitos, los asegurados se vean en obligación de contraer en razón de preservar su salud. En el caso analizado, la Corte consideró que el IESS había vulnerado dicho derecho al abstenerse de examinar e internar al accionante en razón de su enfermedad. Dicha abstención nace a partir de la expedición de la resolución N° 2006-1614 del 08 de mayo del 2006 de la Subdirección Provincial del Sistema de Pensiones de Pichincha, que privó al accionante: “no sólo de sus prestaciones pecuniarias, sino también de sus beneficios de salud. Por este motivo, la reparación que debía plantearse por parte del IESS no sólo debía contener la restitución de los primeros, sino también de los segundos”. Lo que degeneraría en el incumplimiento de la resolución constitucional antes descrita y, además, implicaba la vulneración del derecho a la salud del accionante, ya que las instituciones que brindan este servicio no pueden rehusarse a asistir a cualquier persona que lo requiera de manera urgente, hecho evidenciado en el caso analizado por la Corte Constitucional.

El derecho a la salud en Ecuador, sobrepasa el concepto asociado al derecho a la Seguridad Social, como un derecho laboral enmarcado dentro del derecho de todos los trabajadores a contar con un medio eficaz de protección en caso de sufrir accidentes laborales, en ese sentido, la seguridad social cubría los riesgos de trabajo, pero en Ecuador se enlaza un mucho más significativo concepto como un derecho de todas las perso-

nas, no solo de los trabajadores, por lo que la Constitución de Montecristi, adoptó, de manera genuina y extensiva, la obligación del Estado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud¹¹⁴, razón por la cual la Corte Constitucional, oportunamente, creyó conveniente recalcar el significado de la restitución total y proporcional al concluir que éste es: “un elemento preeminente de la reparación integral, con el objetivo de reponer la situación a su estado original, es decir, restituir la situación del peticionario a las condiciones en las que se encontraba antes de la violación del derecho fundamental” conforme se estableció en la sentencia analizada.

En este orden de ideas, la salud no va mas allá el manejo de relaciones físico-químicas que atañen al estudio clínico del individuo, al contrario también se vinculan, estrechamente, con situaciones de orden social y psíquicas que contribuyen a un determinado estado patológico (Yépez Parra, 1999)¹¹⁵, razón por la cual no puede deslindarse, de manera alguna, la relación que guarda la salud con los demás derechos del ser humano, que en doctrina y práctica son interdependientes. Así, la obligatoriedad del Estado abarca también, por ejemplo, el desarrollo de programas de vivienda y empleo, de educación y acceso a servicios públicos, entre otros; motivo por el cual la Constitución ecuatoriana del 2008 dispone 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, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.”¹¹⁶, así, no puede hablarse de la garantía del derecho a la salud, cuando se aísla a la persona del medio que

le rodea o, en todo caso, se generan efectos al menoscabo de las relaciones que éste guarda con la comunidad, por lo que la salud de un individuo será “proporcional al grado de integración, participación y contribución al conjunto u organismo mayor que lo contiene.” (Yépez Parra, 1999).

La afectación causada al accionante en el caso analizado, no solo implicaba una vulneración al acceso a la salud, al contrario también afecta las relaciones que éste mantenía con la comunidad, pues la deuda contraída con el Hospital Militar de las Fuerzas armadas, que ascendían a 26,862.53 USD, no podían ser pagados por él, lo que lo convertía en deudor de una cuantiosa suma de dinero, interfiriendo con su cotidiano vivir y afectando su derecho a configurar un proyecto de vida, más aún cuando dicha deuda no hubiera sido contraída si no se hubiera, en primera instancia, negado al acceso al Hospital del Seguro Carlos Andrade Marín en base a las resoluciones adoptadas por el IESS y, en segunda instancia, por la negativa a la restitución de los gastos contraídos por su enfermedad por el presunto incumplimiento de los plazos estipulados en la resolución N.º C.I. 009, expedida por la Comisión interventora del Instituto ecuatoriano de seguridad social, lo que implicaba, por tal, la no prestación del servicio a la salud y su vulneración inmediata.

Así, la Corte Constitucional optó por conceder la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales al accionante, procurando establecer dentro de su *obiter dictum*, un criterio extensivo del derecho a la salud y, dentro de su *ratio decidendi*, contener el concepto más pleno de reparación integral, en sentido tal que permita, realmente, evitar cualquier limitación en el cumplimiento de sus sentencias y dictámenes, estableciendo, como tal, que las instituciones que presten servicios de salud se nieguen a aceptar y prestar el consiguiente servicio de salud a personas que lo requieran de manera urgente, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 32 de la Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

114 Artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

115 El profesor colombiano Antonio Yépez Parra (Doctor en medicina), relata los hechos vividos por el Dr. Michael Crichton (médico de Harvard) que, siendo estudiante, observó un cuadro similar en todos los pacientes que habían sufrido un infarto al miocardio. Al parecer, todos ellos habían tenido situaciones sociales de alto impacto, como rompimientos y pérdidas sentimentales, problemas económicos y laborales, lo que llevó a que el Dr. Crichton concluya que la relación mente-cuerpo es suficientemente fuerte para presentar cuadros patológicos en diferentes pacientes.

116 Artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

La justiciabilidad de los DESC en Ecuador

La Corte Constitucional, gracias a la Sentencia 0012-09-SIS-CC, entre varias otras, ha demostrado, de manera categórica, el desarrollo de los DESC en Ecuador, garantizando el acceso a la salud y promulgando un irrestricto cumplimiento a las sentencias y dictámenes constitucionales en Ecuador.

También permite a la Corte alcanzar el desarrollo teórico-educacional sobre los derechos constitucionales y sus garantías, permitiendo a la población conocer las razones y fundamentos acerca de la existencia de las garantías constitucionales existentes en la Constitución y, al mismo tiempo, generar mayor conocimiento acerca de la exigibilidad de los DESC, haciendo de estos derechos instrumentos prácticos y no simplemente declaraciones retóricas

A pesar que las sentencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición no generan una línea jurisprudencial vinculante, es preciso que la primera Corte Constitucional tome en cuenta fallos como el presente para, de esta manera, demarcar la evolución de estos derechos y se transformen en el *Corpus Constitucional* del denominado “Régimen del buen vivir”, dentro de lo que es el desarrollo normativo de la Constitución del 2008.

De esta forma, la connotación atribuida a los DESC es mucho más amplia y conlleva al entendimiento de la interdependencia de los Derechos Humanos en base a la búsqueda de un proyecto de vida, pues es gracias a los DESC que el ser humano se vuelve parte de la comunidad y el medio que lo rodea y, por medio de su garantía y cumplimiento, el ser humano logra el disfrute real de la vida digna.

La Corte Constitucional del Ecuador tiene una gran carga dentro de sus competencias; en primera instancia, alcanzar el real cumplimiento de las garantías constitucionales contenidas en la Carta Magna, por medio de la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, además, permitiría la consolidación de los DESC como derechos de precedente obligatorio, que enriquezcan el acervo dogmático de la Corte, estableciendo, también, una línea jurisprudencial que tome en cuenta al Ecuador como un Estado precursor en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina.

Capítulo VI Debate urgente para una democracia emergente. Dialogando con el neopositivismo¹¹⁷

Introducción

Con mayor vehemencia, aunque no con abundante argumentación, en los primeros meses del año 2010, se incrementó, de manera sistemática, en distintos medios de comunicación, escritos y audiovisuales, una campaña de críticas contra la justicia constitucional creada por la Constitución y, particularmente, contra su máximo órgano, la Corte Constitucional, acusándola de promover y ser el centro de una especie de “golpe de Estado” contra la tradición jurídica ecuatoriana y el orden legal establecido desde los orígenes de la nacionalidad, a partir de la introducción por la “estratosfera” de los principios, fundamentos y métodos del llamado neo-constitucionalismo, post-positivismo o constitucionalismo garantista de origen alemán, italiano y español.

Los perpetradores de tan “grave atentado” contra la prestigiosa y centenaria tradición jurídica ecuatoriana, serían un bien organizado grupo de “intelectuales orgánicos” y “mercenarios académicos” de origen español que, en la última década, habrían ido de país en país vendiendo su idea y medrando presupuestos de gobiernos e instituciones locales latinoamericanas, a partir de la redacción de “Constituciones y leyes a la medida” dirigidas a la instauración de una nueva hegemonía política continental relacionada con la construcción del llamado socialismo del siglo XXI.

117 La versión original de este artículo fue discutida y recibió los comentarios sustanciales del constitucionalista Juan Montaña quien además la ha utilizado como material de difusión académica en el Centro de Estudios Constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador.

Los voceros de estas críticas se consideran a sí mismos, una suerte de “legionarios” de la fe, de la verdadera fe jurídica nacional, y son los mismos que, ante el desmantelamiento de la partidocracia tradicional, derrotada abrumadoramente por los procesos electorales de 2006-2007 durante el proceso constituyente, se instituyeron en el núcleo duro de la oposición política a la transformación emprendida por la Asamblea de Montecristi. Este *think tank* jurídico del *establishment*, una vez aprobada la Constitución, se dedicó a escribir notas editoriales de todo calibre, partiendo, la mayoría de veces, de una supuesta ilegitimidad del texto aprobado por la inmensa mayoría del pueblo, alertando respecto del hundimiento del país en medio del torbellino que implica la sepultura del “Estado de derecho” y su reemplazo por una fórmula retórica y vacía llamada Estado constitucional de los derechos y, en no pocas ocasiones, denunciando el acto sacrílego de la ruptura del principio de separación de poderes y la supuesta eliminación de los sacrosantos principios de legalidad y de seguridad jurídica instituidos en el país desde los orígenes de la nacionalidad ecuatoriana.

Y son esos mismos “juristas puros” que hoy día, pasado más de un año de vigencia efectiva de la Constitución, han enfocado sus diatribas contra la supuesta dictadura de una Corte Constitucional autoproclamada, espuria e ilegítima que, según ellos, ha derogado la nueva Constitución, abrogado el Estado, reemplazándolos por una “interpretación antojadiza, malévola y siniestra” de los valores y principios constitucionales que culmina en la instauración del reino del casuismo y la arbitrariedad judicial.

Entre los primeros epítetos lanzados durante el proceso constituyente y los actuales ataques contra la justicia constitucional ecuatoriana, hay similitudes, diferencias y curiosidades. Las similitudes son obvias: el propósito de los argumentos prácticamente no ha variado: hay que defender y conservar el *status quo* jurídico, representado en aquella república oligárquico-terrateniente decimonónica (Paz y Miño, 2007) en la que creen y de la que son operadores, y lo hacen amparándose en una supuesta defensa de la tradición jurídica continental y de la ley como manifestación única del derecho estatal y expresión de la voluntad general. Las diferencias son importantes: mientras antes los argumentos eran emotivos, descalificadores y esencialmente políticos, hoy día la estructura argumentativa se ha vuelto

más académica y racional normativa, para lo cual han asumido, como propios, los argumentos neo-positivistas de algunos importantes autores y tratadistas extranjeros, eso sí, por supuesto, ajenos a la rica diversidad regional, no por su calidad de extranjeros, cuanto sí, por su manifiesta desconexión de la realidad local y continental, sin la debida adaptación a las relaciones sociales y políticas ecuatorianas que son muy diferentes a las españolas, norteamericanas o europeas;¹¹⁸ y la curiosidad es llamativa: los antes enemigos acérrimos de la Constitución, al punto que alguno de ellos en su cátedra universitaria, todavía hace pocos meses, se preciaba de “patear” el texto constitucional, y otros que incluso llamaban a desconocer su vigencia, hoy se han convertido en los adalides y defensores máximos de su texto literal, en contra de los abusos del activismo judicial de los jueces constitucionales ecuatorianos, mal comandados por los “neófitos” miembros de la “autoproclamada” e inconstitucional Corte Constitucional.

En este contexto, buscaremos explicar y defender tanto el modelo implícito y explícito en la Constitución, como la acción concreta de los jueces en este nuevo paradigma civilizatorio constitucional, quienes, además de hacer juicios de validez de las normas, tenemos una función muy importante de cara a la transformación de la cultura jurídica ecuatoriana. En cuanto al mecanismo de defensa de nuestros postulados, la cuestión está clara: ya que se acusa a la Constitución y a la nueva justicia constitucional ecuatoriana de carecer de identidad propia y de obedecer a los planteamientos y directrices de una moda jurídica transnacional pasajera y sin vinculación a la cultura nacional, intentaremos probar el carácter latinoamericano del modelo, las fuentes teóricas exógenas de las que se alimenta, destacando la matriz multicultural propia de las que se nutre, así como la posición doctrinaria y jurídica emancipadora de quienes hemos defendido su desarrollo en nuestro país.

El hecho de que la Constitución obedezca a un paradigma jurídico endógeno y a las condiciones particulares de desarrollo del Ecuador, no implica, por supuesto, que en la construcción de ese nuevo modelo cons-

118 Particularmente los constitucionalistas del *establishment* jurídico criollo se han apropiado de los argumentos del profesor español Juan Ignacio García Amado a quien han convertido en el ícono y adalid de una defensa positivista y normativista a los embates la supuesta metafísica neo constitucional representada en la Corte Constitucional.

titucional no se hayan tomado en consideración los planteamientos teóricos y metodológicos de las principales doctrinas y “teorías transnacionales del derecho”, así como los argumentos y discusiones en boga acerca de lo que significa lo jurídico. Específicamente, este documento se ha estructurado en referencia y en diálogo al debate producido entre los principales exponentes de los neo-constitucionalistas y los autores neopositivistas europeos. Este texto se divide en cuatro acápites y una conclusión. En el primero, se describen las tesis fundamentales del positivismo jurídico, a partir de la lectura que de esta doctrina hacen autores prestigiosos como Bobbio; en el segundo se hace una exposición breve de los principales rasgos del neo-constitucionalismo europeo y se formulan los principales elementos propios de la teoría jurídica desarrollada por la Constitución y defendida, de manera explícita, por la Corte Constitucional; en un tercer capítulo se hace una lectura crítica del neopositivismo recientemente llegado al Ecuador, de la mano de las tesis del profesor español Juan Ignacio García Amado, quien se ha transformado en el “intelectual orgánico” de la derecha política y jurídica nacional y que, como tal, caracteriza a la Constitución ecuatoriana como un documento axiológico de estructura pre y extra lingüística y, por lo tanto, no jurídico. Finalmente, se desarrollan algunas conclusiones donde se explicita la verdadera naturaleza del debate constitucional ecuatoriano.

Las tesis del positivismo jurídico y su crisis

Una definición tradicional y unitaria del positivismo jurídico, es aquella que, siguiendo al maestro italiano Umberto Scarpelli, define al derecho como un sistema de normas creadas por el hombre, portadoras de ciertas características que permite distinguirlas de otra clase de normas (especies normativas), a las que se les atribuye validez con independencia de su conformidad a los principios y valores de determinada ideología.

Las características del derecho positivo según Scarpelli serían la estatalidad, la imperatividad, la coercitividad, y su carácter heteronómico. La Estatalidad significa que, para la definición estándar de positivismo, solo el Estado tiene capacidad de generar derecho vigente; la imperatividad se

refiere a que únicamente puede ser considerado Derecho a aquellas disposiciones que mandan prohíben o permiten algo; la coercitividad tiene relación con la capacidad del Derecho de forzar su cumplimiento a través de la existencia de instituciones y mecanismos de garantía; y, finalmente, el carácter heterónomo del derecho indica que, a diferencia de lo que ocurre con otras normas como la moral, las obligaciones creadas a través del derecho y la voluntad de someterse y cumplir las disposiciones jurídicas no dependen de la voluntad del destinatario.

Con ello, el autor italiano busca esclarecer el objeto, la naturaleza y el propósito del derecho positivo, a partir de su concepto explicativo, dejando a un lado el significado de las distintas expresiones lingüísticas que incorpora (Scarpelli, 1997).¹¹⁹

Para otros autores como Hart o Bobbio, hablar de la existencia de un positivismo jurídico único es equivocado o, por lo menos, riesgoso, porque con esa expresión se pueden entender distintos significados potencialmente contradictorios, que pueden terminar con la defensa de tesis no necesariamente ligadas entre sí.

Hart, por ejemplo, considera que el término *positivismo jurídico* se puede aplicar a cinco tesis diferentes: a) la caracterización del Derecho como conjunto de mandatos formulados por seres humanos; b) la distinción radical entre el derecho y la moral, o también entre el Derecho que es y el que debiera ser; c) la clara distinción entre dogmática del Derecho,¹²⁰ la historia¹²¹ y la sociología del Derecho;¹²² d) el entendimiento de que el sistema jurídico es un orden del que siempre se pueden encontrar respuestas correctas, a partir de análisis lógicos, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos, tendencias políticas o fines sociales; y finalmente, e) la concepción según la cual los hechos jurídicos no se formulan en la forma en que se definen los juicios morales.

119 Según Scarpelli, *Expresión lingüística* es la figura, el sonido, el hecho sensorial portador de significado a partir de una costumbre o convención, mientras que *concepto* es el significado exacto de cierta expresión lingüística o sus sinónimos.

120 La dogmática jurídica se entiende como el estudio del derecho vigente.

121 La historia del derecho se ocupa, fundamentalmente, de realizar indagaciones históricas sobre el origen del derecho vigente y sobre el derecho o los derechos del pasado.

122 La sociología jurídica es una disciplina científica encargada del estudio de las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales.

Entre estas cinco tesis, el maestro inglés considera que no existe ningún ligamen necesario, por lo que sería posible defender una o más tesis positivistas independientemente de rechazar las demás (Hart, 1968).

Bobbio, por su parte, hace más de 40 años (Bobbio, 1965), consideró que, para caracterizar correctamente al positivismo había que distinguir cuatro aspectos básicos autónomos e independientes: a) el positivismo como metodología de estudio del Derecho; b) el positivismo como teoría o concepción específica del Derecho; c) el positivismo o formalismo como método de aplicación o interpretación del derecho y finalmente, c) el positivismo como ideología o teoría de la justicia.

El positivismo metodológico sería un método especial de estudio del derecho construido sobre la base de la distinción entre la moral y el derecho y, como consecuencia de ello, de la diferenciación clara entre el derecho realmente existente y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, o lo que es lo mismo, en palabras del profesor italiano entre el derecho que es y el derecho que debe ser. En ese sentido, ser positivista (metodológico) significa adoptar frente al Derecho una actitud científica, neutra, no valorativa, de tal manera que se pueda indagar sobre el derecho a partir de datos estrictamente verificables, excluyendo del análisis consideraciones de tipo teleológico o finalista.

El positivismo puede presentarse, también, como teoría general del derecho. De acuerdo con Bobbio, la teoría positivista del derecho, también llamado positivismo teórico o formalismo jurídico (Bobbio, 2007: 21-26), es una concepción doctrinal ligada a un entendimiento y defensa del modelo estatalista del derecho. Según este filósofo del derecho italiano, el positivismo teórico parte de los siguientes postulados generales:

- a) El carácter estatal del derecho positivo lo que implica que toda norma positiva es formulada y hecha cumplir por el Estado
- b) la coactividad del derecho, esto es, el sistema de normas que se cumplen por medio del uso legítimo de la fuerza del Estado;
- c) el carácter mandatorio del derecho, de tal manera que solo son normas jurídicas aquellas que se estructuran como mandatos que “mandan, permiten o prohíben algo”;
- d) en cuanto a la teoría de las fuentes la tesis de la supremacía absoluta de

- la legislación promulgada por el parlamento;
- f) la concepción del ordenamiento jurídico como sistema perfecto y autorreferente, carente de lagunas o contradicciones internas; y,
- g) la creencia sustentada en las tesis de Montesquieu de que la actividad del jurista y particularmente del juez, es una acción esencialmente lógica y declarativa. (García Máynez, 1997: 11-12)

Pero el positivismo también puede ser una teoría formalista de la interpretación jurídica. En ese sentido, la hermenéutica positivista tiene unas características propias, referidas tanto al método adoptado para aplicar e interpretar las leyes, como también a la función atribuida al intérprete.

Con respecto al método, la hermenéutica formalista predica la preferencia dada a la interpretación lingüística, lógica y sistemática frente a la teleológica; mientras que, con respecto a la función, es considerada formalista o positivista toda doctrina que atribuye al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y su correlativa prohibición de crear derecho (Bobbio, 2007:32-34).

Finalmente, el positivismo se puede presentar ideológicamente como una concepción formal de la justicia denominada “formalismo jurídico”, que postula no ya lo que el derecho es sino lo que debería ser, en virtud de la cual *acto justo* es aquel que está conforme a la ley e *injusto* el que está en desacuerdo con ella y, por tanto, el término más común para designar esta ideología es legalismo.

En estricto sentido, este positivismo ideológico o legalismo es un formalismo ético pues comparte con las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un dictamen de conformidad de un acto con la norma legal donde lo bueno surge del cumplimiento del mandato legal y lo malo es su transgresión.

De acuerdo a las tesis de Bobbio no existe una relación necesaria de causalidad entre estas cuatro formas de positivismo y, por tanto, en opinión del jurista italiano, no pueden ser confundidas ni menos identificadas (Bobbio, 2007:36). Como bien dice Bobbio, la validez o no del método positivista de acercarse al derecho, es independiente de la verdad o falsedad de la teoría estatalista del derecho, o de la corrección o incorrección de la teoría de la justicia y de la ética positivista.

La metodología positivista de estudio del derecho no implica necesariamente compartir los postulados del positivismo teórico, ni éste último se encuentra necesariamente ligado a una filosofía jurídica positivista o a una ideología positivista de la justicia, de tal manera que se puede defender el positivismo y ser positivista metodológico, sin asumir la teoría positivista o estatalista del derecho y sin compartir una teoría de la justicia legalista; se puede ser un positivista metodológico y teórico y no asumir necesariamente, como propio, el positivismo ideológico; y se puede ser las tres cosas.

Pero, el positivismo en general, particularmente el formalismo ético y la teoría estatalista del Derecho entraron en crisis en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. ¿Cuál es la explicación de este fenómeno? No cabe duda que la crisis del positivismo, y la potente aparición del neo-constitucionalismo en Alemania e Italia especialmente, están relacionadas con la historia, las circunstancias y el comportamiento del positivismo durante la Guerra. Si el positivismo, y particularmente la hermenéutica formalista y de la filosofía positivista de la justicia, no hubieran dado sustento a los excesos de los totalitarismos europeos de los años 20 a 40, el positivismo hubiera seguido teniendo la fuerza que tuvo en los años 20, y el iusnaturalismo hubiera seguido siendo aquel residuo de actitudes no científicas y, como tal, objeto de desaparición paulatina.

Sin embargo, la indiferencia del derecho positivista y su cooperación en la justificación formal de los crímenes contra la humanidad ocurridos en Europa a partir de 1933 y hasta 1945 explica perfectamente la llamada “rebelión contra el formalismo” y esa búsqueda de un sustento moral y material al derecho vigente y a la actividad de los juristas que se encarna en el neo-constitucionalismo europeo a partir de los años 50 del siglo pasado, y que ha “puesto de cabeza”, como dice García Máynes, citando a Hans Welzel, al positivismo (García Máynes, 1997:110).

El neopositivismo en versión ecuatoriana

Los rasgos del positivismo criollo

Pero en Ecuador, a pesar de que las luchas por la consolidación de esta nueva visión del derecho han ocurrido en nuestro territorio, la mayoría del *establishment* jurídico y político sigue pensando y actuando con la lógica típica del positivismo decimonónico. En efecto, la cultura jurídica ecuatoriana mayoritaria obedece a una lectura oligárquica y sesgada, tanto de una concepción formal de la justicia como de una teoría y una dogmática jurídica paleo-positivista, totalmente inadecuada para regular e interpretar las realidades políticas, sociales, económicas, culturales y étnicas ecuatorianas.

En lo filosófico, los juristas tradicionales y los autodenominados “constitucionalistas” y “opinadores jurídicos” ecuatorianos sostienen, por fuera de todo proceso histórico, la validez de la concepción formal de la justicia que identifica lo justo con lo que es conforme al texto legal. Para los juristas ecuatorianos, seguidores del positivismo, la aplicación del Derecho solo se puede dar a partir de una comprensión exacta del “significado de la ley” positiva; pero olvidan que los operadores jurídicos prácticos y los jueces en particular aplican estas reglas positivas a partir de una idea o principio de justicia supuestamente “amoral” que vincula lo justo con lo legal.

Lo cierto es, sin embargo que, como demostraron los seguidores del Derecho libre, en todos los casos, cuando el juez decide, existe una motivación interna poderosa que determina, en gran medida, la solución y que nada tiene que ver con el texto de la ley, y que está compuesta por el propósito práctico y los contextos sociales, políticos y económicos del caso.

Pero olvidan nuestros positivistas criollos que, hoy en día, ningún positivista serio, (y aquí cito a autores positivistas tan conocidos como Ross o Bobbio) sigue creyendo que las operaciones realizadas por el juez al administrar justicia, sean meramente mecánicas, esto es, basadas exclusivamente en la realización de operaciones lógico deductivas, a partir de determinadas premisas legales (Ross, 1997: 191-194); la realidad es que, en la actualidad, está más que aceptado que en las decisiones judiciales se de

la presencia consciente o inconsciente, manifiesta o tácita, de juicios de valor que incluyen la escogencia del método jurídico de solución del problema (Bobbio, 2007:34-35).

Lo que ocurre en el Ecuador y que es totalmente sintomático de nuestro “parroquialismo” es que un gran porcentaje de los teóricos y prácticos del derecho, se ha mantenido hibernando en el siglo XIX, totalmente impermeables al propio debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo que se produjo en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, cuyos rasgos esenciales se han reproducido en este escrito, y que han dado como resultado, el abandono general del formalismo ético y de la concepción formal de la justicia, tal como reconoció el propio Norberto Bobbio en 1965, esto es, hace más de 40 años. En el caso concreto de nuestro país, la adscripción entusiasta de nuestros positivistas al formalismo ético les ha permitido pasar por alto la responsabilidad inmensa del positivismo criollo en la debacle del Estado y la sociedad ecuatorianas, durante la vigencia del modelo constitucional oligárquico empresarial que nos gobernó desde mediados de los noventa hasta el 2006, pues la ley, al ser justa por ser la ley, no tiene por qué interrogarse por la justicia o injusticia de unas normas que llevaron y mantienen en la miseria a la mitad de la población ecuatoriana, que desplazaron forzosamente a casi tres millones de personas que salieron del país por causa de la crisis de corrupción bancaria y que dejaron al Ecuador sin Estado, sin soberanía y sin moneda.

En lo teórico-dogmático los positivistas criollos tampoco han dejado atrás el siglo XIX. Asumen, de forma totalmente acrítica, las premisas generales del estatismo jurídico y del monoculturalismo más extremo. Esto les permite, incluso hoy, en pleno siglo XXI, y después de más de 20 años del comienzo de las movilizaciones indígenas ecuatorianas, seguir viviendo en un mundo donde no existe el pluralismo jurídico, así como defender la idea decimonónica de “Nación católica” como si estuviéramos todavía gobernados por García Moreno.

Esta miopía histórica y social también les permite andar por el mundo, diciendo a quien quiera oírles, la tesis del monopolio y de la supremacía absoluta de la ley en el sistema de fuentes. Con esta actitud desconocen, de plano, la crisis del sistema parlamentario racionalizado en el mundo entero y la irrupción, de la mano de la globalización, de sistemas

jurídicos vigentes y válidos, ajenos a la realidad normativa del Estado legislativo decimonónico como son la *lex mercatoria* internacional, los derechos derivados de los distintos procesos de integración regional, los derechos de la gente en movimiento, desarrollados a partir de los intensos procesos migratorios globales, o el propio derecho de los pueblos indígenas en el mundo entero (Santos, 2009:75-80).

Solo el desconocimiento de tal magnitud de las realidades sociales, políticas y jurídicas contemporáneas permite defender “sin sangre en la cara” el principio de monopolio de la ley y la supremacía del legislador como único responsable del proceso de creación del derecho, y que, por tanto, son posiciones teóricas que no soportan la más mínima comprobación científica.

Este legalismo ético, el estatismo jurídico radical y el fetichismo legal descritos, por supuesto, no son gratuitos. Obedecen a la necesidad imperiosa de sostener y justificar la permanencia de un *status quo* jurídico y político, a partir de un supuesto objetivismo y neutralidad de la “ciencia” del Derecho.

Finalmente, ese acercamiento acrítico a la teoría positivista del Derecho les ha impedido a nuestros juristas ver el nuevo contexto en el que se desarrollan las relaciones entre la legislación y la jurisdicción y una consideración más realista de la función aplicadora y hermenéutica del juez en la realidad, pues, a pesar de lo que digan los enemigos del supuesto activismo judicial y judicialismo actual, en los hechos, y más allá de lo que actualmente dice la Constitución de Montecristi sobre el valor del precedente judicial, nuestros jueces crean derecho, directa y obligatoriamente aplicable desde el momento en que se desarrolló la teoría de los fallos de triple reiteración en la justicia ordinaria y esto contradice, en el plano fáctico, cualquier intención o manifestación de conservar intacta la teoría legalista de las fuentes del derecho.

Pero, paradójicamente, lo que ha faltado en los “constitucionalistas” ecuatorianos es un acercamiento científico al estudio de nuestro derecho positivo. Los defensores del positivismo jurídico criollo siguen analizando el ordenamiento jurídico vigente, como si ellos no fueran juristas dogmáticos. En general, no distinguen “el derecho que es” del que, según su particular visión del mundo, “debe ser” y mantienen una actitud refracta-

ria a cualquier cambio, vinculada a la defensa del modelo jurídico y político liberal conservador y oligárquico que rigió en el país, como pocas interrupciones, desde el inicio de la República, así como a la búsqueda de su reinstauración.

Es por ello que insisten en desconocer las transformaciones jurídicas ocurridas en el país en los últimos cinco años, y es por esa misma razón que denuestran el texto constitucional de 2008 y las decisiones de la justicia constitucional actual, a partir de adjetivos peyorativos y valoraciones subjetivas, con lo cual incurren en el mismo proceder que tanto critican en los iusnaturalistas, esto es, abandonan la distinción necesaria entre derecho real, (el que actualmente existe en Ecuador) de un supuesto “derecho ideal” de contornos decimonónicos liberal-conservadores, que pugnan por volver del fondo de los baúles de la historia política ecuatoriana.

No hay que olvidar, lo que no recuerdan los positivistas ecuatorianos: el objeto de la ciencia del Derecho es, precisamente, el derecho vigente, esto es el derecho emanado del texto constitucional de Montecristi, y no cualquier otro que nunca ha existido o ha dejado de existir con ocasión de los cambios constitucionales.

Y es que, aunque lo quieran desconocer algunos juristas ecuatorianos, la realidad es que la Constitución de 2008 es Derecho positivo y está vigente pues si bien fue proyectada y discutida mediante un típico procedimiento representativo: una Asamblea proyectista (Carbonell, 2005), fue, además, ratificada, por inmensa mayoría de votos válidos, por el pueblo que es el único titular indelegable del poder constituyente, y éste es el procedimiento que permite hablar de vigencia a cualquier jurista positivista que acoja la teoría pura del derecho de Kelsen.

Neoconstitucionalismo y paradigma constitucional latinoamericano

¿Qué es el neo-constitucionalismo?

El neo-constitucionalismo en su formulación más simple, y más allá de las coincidencias y diferencias de los autores que se autoproclaman o son

incluidos como neo-constitucionalistas,¹²³ es una nueva filosofía y cultura jurídica y una nueva teoría del derecho. Particularmente, con este nombre se alude tanto a un modelo de Estado de derecho, como a un tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología, o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado constitucional de derecho (Carbonell, 2005:420-423).

En cuanto modelo de Estado, como dice Prieto Sanchis siguiendo a Fioravanti, el neo-constitucionalismo es el resultado de la convergencia de las dos tradiciones constitucionales clásicas, aquella que concibe a la Constitución como documento jurídico, una norma, que asegura la autonomía del individuo frente al poder del Estado,¹²⁴ (versión norteamericana) y la que concibe a la Constitución como un mero documento o programa político de transformación social (versión Europea).

El neo-constitucionalismo, entonces, como teoría del Estado, funde elementos de estas dos tradiciones jurídicas originalmente contrapuestas: fuerte contenido material con forma normativa y garantía jurisdiccional de esa normatividad.

En tanto teoría del derecho, el neo-constitucionalismo es profundamente crítico de dos de los postulados del positivismo teórico: a) del carácter estatal del derecho positivo, y b) de la teoría positivista de las fuentes y su identificación del derecho con la ley; asimismo, niega por contraevidente el axioma según el cual el ordenamiento jurídico es un sistema carente de contradicciones internas, así como la creencia en la actividad estática lógica y declarativa del juez; pero mantiene intactos y comparte otros dos postulados fundamentales del positivismo: la coactividad del derecho, su estructura y carácter imperativo.

Finalmente, en cuanto ideología de la justicia, el neo-constitucionalismo solo se puede entender como reacción ética a los abusos del positivismo en tiempos del fascismo y, como tal, se separa radicalmente de la filosofía política del positivismo que, al considerar justo el derecho por el solo

123 En el paraguas neoconstitucionalista se cobijan autores tan disímiles como los iusnaturalistas Ronald Dworkin y Robert Alexy, hasta otros juristas claramente positivistas como Prieto Sanchis o Riccardo Guastini.

124 La Constitución, en esta primera versión, tiene como función asegurar la autonomía del individuo frente a un Estado terrible, capaz, como demostró la historia europea, de llevar a la población a la catástrofe humanitaria fascista.

hecho de serlo, posibilitó el avance y los resultados del totalitarismo. En ese sentido, comparte con el iusnaturalismo la búsqueda ética de la validez material de las normas, y la consideración de la “materialidad” y del “denso contenido normativo” de la Constitución,¹²⁵ lo cual permite a los autores neo-constitucionalistas insistir, siguiendo a Leibniz,¹²⁶ en que el derecho vale, y consecuentemente obliga, no solo porque lo haya expedido el legislador atendiendo un procedimiento previamente establecido, sino en tanto y cuanto tiene un contenido material justo. A su vez, participa de algunas ideas positivistas como: la identificación del derecho con el derecho positivo vigente, la distinción entre la moral y el derecho positivo y la consideración de la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable.

Estas similitudes y diferencias entre neo-constitucionalismo y positivismo son las que, en últimas, permiten entender el fenómeno de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” y la caracterización del Estado contemporáneo como un Estado constitucional de derecho donde:

- a) El Estado tiene una nueva finalidad material: la garantía efectiva de los derechos;
- b) La Constitución es la norma suprema del ordenamiento por encima de la ley;¹²⁷
- c) La Constitución en este tipo de Estado, es norma jurídica directamente aplicable, sin que se requiera de desarrollo legal o reglamentario;
- d) La omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes;
- e) La coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica;

125 Algunos detractores del neoconstitucionalismo creen que, a pesar de su indefinición teórica el neoconstitucionalismo es, simplemente, la reedición contemporánea e históricamente cíclica de la teoría del derecho natural y, por tanto, tan antigua como ésta, que comienza a desarrollarse en Europa en la Edad media y florece en los siglos XVII y XVIII.

126 Leibniz, quien creía que hablar de Derecho justo era un pleonismo y de Derecho injusto una contradicción.

127 Lo que implica que la legalidad se transforma en un mero componente de la constitucionalidad con todas sus consecuencias. Particularmente, a partir de la aparición del Estado constitucional, los Parlamentos, y, en el caso ecuatoriano la Asamblea Nacional, no podrán extender sus competencias en detrimento del poder constituyente ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario que tiene el ejecutivo

- f) El reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y, particularmente, frente a la antigua autonomía del legislador, pues se asigna a la jurisdicción una función directa de garantía de los derechos de las personas y en la creación judicial del Derecho;¹²⁸
- g) Se produce, además, un cambio sustancial en la forma de hacer los juicios de validez de las normas jurídicas: para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos previamente establecidos, (validez formal) sino que se requiere, además, la coherencia sustancial con los significados de la constitución (validez material);
- h) Toda esa nueva institucionalidad es garantizada por un organismo autónomo y especializado, el Tribunal o Corte Constitucional, cuya principal función es asegurar la supremacía e indemnidad de la Constitución a través de la interpretación conforme a la Constitución.

Si hacemos un examen analítico de cada una de ellas tenemos:

En cuanto a la supremacía de la Constitución, su carecer de norma jurídica directamente aplicable y la tendencia a la constitucionalización total de ordenamiento son, claramente, una concreción de la teoría positivista del Derecho y un desarrollo obvio de la tesis de la separación entre derecho y moral, con la única diferencia de que el lugar que antes ocupaba la ley en el sistema jurídico, hoy día lo ocupa la Constitución, hasta el punto de que algunos autores plantean, con razón, la sustitución de la teoría de la soberanía del Estado como fundamento de legitimidad del derecho vigente por la tesis de la soberanía de la Constitución.¹²⁹

128 Los jueces dejan de ser la boca muda de la ley que proclamaba Montesquieu y se convierten en verdaderos hacedores e intérpretes del derecho.

129 Recuérdese que el liberalismo clásico y particularmente la teoría liberal del derecho parte de la premisa desarrollada inicialmente por Rousseau de la existencia de la soberanía popular; soberanía que, en el tránsito del liberalismo revolucionario dieciochesco al liberalismo conservador del siglo XIX, se convirtió en la tesis de la soberanía nacional de Sieyès; la cual, a su vez, el Estatalismo liberal de fines de siglo convirtió, siguiendo a Hegel en la Soberanía del Estado; misma que entró en crisis profunda después de la Segunda guerra mundial cuando el movimiento neoconstitucionalista, primero en Alemania y luego en Italia y los demás países de Europa, convirtieron la soberanía de la Constitución como norma jurídica.

En lo que atañe a la finalidad del Estado, la garantía efectiva de los derechos y la transformación del concepto y el juicio de validez de las normas a partir de la necesidad de coherencia sustancial con los significados de la Constitución, son claramente elementos que dan sustento y permiten desarrollar el concepto de democracia sustancial propugnado por los autores neo-constitucionalistas.

Respecto a la existencia de una interpretación conforme a la Constitución, estos rasgos tienen dos lecturas: como un desarrollo lógico del positivismo metodológico en tanto búsqueda de una interpretación apegada al texto normativo, o bien cabe una lectura con rasgos iusnaturalistas, si se acepta y se pone el acento en la existencia de un orden objetivo de valores que se encontraría mediante una lectura “correcta” de la Constitución.

Finalmente, la ruptura del monopolio legislativo en la creación de las normas jurídicas y el papel preponderante del juez en la garantía de la Constitución, si bien son elementos que reflejan una ruptura con el modelo estatalista de las fuentes, al desconocer el monopolio legislativo en la producción de las normas (De Otto, 1997:14-15)¹³⁰, no es una característica que pueda derivarse directamente de una postura iusnaturalista del Derecho, pues los seguidores del iusnaturalismo desconfían absolutamente del juez como lo demuestra la formulación inicial del principio de separación de poderes que debemos a Montesquieu, que, como todos los ideólogos del primer liberalismo revolucionario, era un iusnaturalista irreducto.

En definitiva, el neo-constitucionalismo no es como dicen algunos de sus críticos inspirados en Bobbio: una reedición contemporánea del viejo iusnaturalismo dieciochesco, ni una versión reformada del positivismo del siglo XIX y XX que intente responder a las críticas que, desde la segunda posguerra mundial, se han hecho a ésta concepción global del Derecho;

¹³⁰ Si hacemos caso a eminentes autores positivistas europeos como el profesor español Ignacio De Otto en los modelos constitucionales garantistas (neo-constitucionalistas) no habría Constitución, porque a su juicio: “el concepto de Constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento historiadamente dado, donde no hay Constitución, cuando creación y aplicación del derecho están unidas, por ejemplo, en los sistemas de derecho judicial”. Esto es obviamente una contraevidencia fáctica con el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional, particularmente en América Latina.

es, más bien, un conjunto de saberes y actitudes frente al fenómeno jurídico como una ideología y teoría jurídicas que, saliéndose de la tradicional disputa ontológica y epistemológica entre positivismo y iusnaturalismo intenta construir un nuevo modelo de Derecho y una nueva cultura jurídica post-positivista, ética y políticamente comprometidas con la positivización y la garantía jurídica de la dignidad humana, encarnada en un conjunto de creencias, valores y expectativas sociales progresistas y emancipatorias, representadas en los derechos humanos (Carbonell, 2004:9-16).

El modelo constitucional latinoamericano

Si el neo-constitucionalismo es una metodología, una teoría y una filosofía del derecho que surge y se explica históricamente como una apertura a los derechos del hombre y a los principios de justicia en reacción a los horrores fascistas de las entreguerras, el modelo constitucional latinoamericano de los últimos 25 años, y particularmente el paradigma constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana, se entiende como una reacción a los abusos del modelo constitucional autoritario y neoliberal que se había desarrollado en la región desde los años 80 del siglo pasado.

En el caso ecuatoriano, la llegada al país del Estado garantista post-positivista no solo es el resultado de la aplicación de una moda, es la respuesta obvia a la crisis del modelo neoliberal que imperó en el país desde los ochenta y hasta el 2006. No hay que olvidar que el Estado empresarial que se estructuró en América Latina y en Ecuador se caracterizó por la implementación jurídica y política del recetario neo-liberal, organizado alrededor del Consenso de Washington que impuso: una privatización progresiva de lo público; la eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal; el reemplazo de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social; la sustitución del debate parlamentario que es reemplazado por el *lobby* corporativo; la incapacidad creciente del Estado de garantizar jurídicamente los derechos, y, de manera especial, los derechos sociales (Montaña, 2008), lo que trajo como resultado la total desestructuración política, social y económica de la región.

Ante esta crisis, en ciertos círculos académicos y políticos se comienza a plantear la necesidad de construir un nuevo modelo estatal post-neoliberal que saque al subcontinente de la postración profunda en la que se encontraba. El modelo encontrado y que fue desarrollado, ampliamente, en las nuevas Constituciones latinoamericanas, conjuga los principales postulados del garantismo constitucional europeo, con respuestas propias e imaginativas a los retos políticos, sociales y culturales que se manifiestan en la región, con ocasión de la inmensa movilización social contra la implantación del modelo de economía social de mercado.

En ese sentido, el modelo constitucional latinoamericano y el ecuatoriano de 2008 particularmente participan de los elementos del modelo constitucional post-positivista que ya hemos descrito, con los siguientes elementos propios de la realidad constitucional local: a) La adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa, b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional, la ampliación radical del sistema de garantías, establecido en la Constitución y, finalmente, e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

Veamos un poco más profundamente cada uno de ellos:

a) Democracia Participativa: El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional latinoamericano es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica, propia de la tradición clásica liberal, por un modelo de democracia participativa que, sin renunciar a los instrumentos de participación, propios de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa; entendiendo por “democracia directa” aquel sistema político donde el ciudadano participa, directamente, de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ningún otro agente.

Como es sabido, la crisis de la concepción del Estado oligárquico empresarial (neoliberal), no solo trajo importantes consecuencias económicas, sino que, además, implicó una modificación sustantiva del

aparato institucional de los Estados latinoamericanos, cuyo funcionamiento, a pesar del presidencialismo imperante, había girado, por lo menos en la forma, en torno al Congreso y a los partidos políticos. Efectivamente, mientras el primero ha dejado de ser una institución apta para encauzar eficazmente los procesos sociales y los intereses que en ellos se manifiestan, los Partidos han ido perdiendo su hegemonía y su protagonismo como intermediarios en las relaciones de los particulares con el Estado, no ya por las razones a las que apelaba la crítica elitista a los partidos, sino porque se advierte su radical inadaptación a las nuevas condiciones de la democracia en la región.

Efectivamente, la cultura política basada en la militancia partidista tiende a convertirse en una cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que ha pasado de ser una frágil democracia de partidos, a ser una democracia que podríamos denominar como multidimensional.

Todo este conjunto de transformaciones sociales e institucionales han producido la redefinición del papel de la ciudadanía en una nueva teoría democrática que aporta elementos importantes para sacar a la democracia del estado de agotamiento teórico en que se encuentra, redefinición que ha llevado, a algunos, a hablar del fin de la equivalencia entre función pública y función estatal.

De allí que, como formas de expresión de la democracia participativa, las constituciones latinoamericanas más avanzadas (Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia) y dentro de ellas la Constitución ecuatoriana de 2008, establecieron mecanismos como el voto programático, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa popular, la demanda popular de rendición de cuentas, e incluso, la revocatoria del mandato de autoridades elegidas democráticamente, mismos que son considerados una herejía en el contexto del constitucionalismo estatista europeo.

b) El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional. El segundo elemento que permite diferenciar el modelo constitucional latinoamericano, respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo, es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos;

proceso que ha conllevado importantes cambios, tanto en la parte orgánica como, sobre todo, en la parte dogmática de la Constitución.

En el plano de las transformaciones dogmáticas, encontramos en el nuevo texto constitucional dos importantes avances respecto del constitucionalismo anterior: en primer lugar, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas; en segundo término, la ampliación del catálogo de derechos, independientemente de su consagración formal.

En desarrollo de este principio, las últimas Constituciones latinoamericanas, incluida la ecuatoriana vigente, definen el carácter no taxativo de las declaraciones de derechos, incorporando una cláusula abierta que permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras que, no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos, y debido a su conexión con la dignidad de la persona, merecen ser garantizadas a través de su reconocimiento como derechos subjetivos, disposición que, además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad a través de la creación de nuevo derecho, función que, a pesar de la reticencia de algunos juristas paleo-positivistas, aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto.

Pero, desde una óptica orgánica, la nueva Constitución también ha introducido significativas innovaciones que afectan la estructura del Estado. La principal transformación, en este sentido, ha sido la generalización de la institución de las Cortes constitucionales con funciones reforzadas capaces no solo de constituirse en legisladores negativos, sino de crear y aplicar nuevo derecho de origen jurisprudencial, a partir del desarrollo de sus competencias de interprete supremo y autorizado de la Constitución.

- c) El nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional. Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional latinoamericano como un aporte novedoso al constitucionalismo, es el fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional.

En efecto, el rechazo al presidencialismo hipertrofiado que ha caracterizado los sistemas políticos latinoamericanos, a causa de su incapacidad de resolver, adecuadamente, las demandas ciudadanas, unido a la profunda crisis que sufre el modelo parlamentario en su versión oligárquica latinoamericana, ha producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene, en la nueva Constitución, un papel protagónico, hasta ahora, desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales.

En ese sentido, la asunción en las Constituciones latinoamericanas del carácter normativo de la totalidad de sus disposiciones y la centralidad que ha asumido la parte dogmática de los textos constitucionales, ha llevado a la aplicación directa, (sin mediación del legislador), de los preceptos constitucionales, con lo cual, la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es, fundamentalmente, la interpretación de su significado y, en ese sentido, la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales.

Sin duda, la asunción de esas responsabilidades y competencias ha sido posible gracias a que la Constitución en lugar de regresar al modelo clásico de división de poderes, que otorgaba la preponderancia al poder legislativo, a través de su papel central en la creación del derecho positivo, han flexibilizado de forma significativa su interpretación, de tal suerte que, en nuestra región, existe la tendencia a que sean los Jueces, y no el Congreso o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del Derecho a través de su función de intérpretes de la Constitución.

Esta función es particularmente importante debido a que, en la mayoría de los países de la región, los jueces ordinarios, antes solo preocupados de dirimir los conflictos jurídicos en sus respectivas áreas de especialidad, hoy día, se han convertido en jueces constitucionales a través del ejercicio de las competencias, respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos.

d) El reconocimiento del carácter pluricultural y pluriétnico de las sociedades y los Estados latinoamericanos. El último rasgo relevante del nuevo modelo constitucional latinoamericano, es el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de los Estados con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de las comunidades y pueblos, étnica o culturalmente, diferenciados.

Justamente a partir de 1988 cuando, por obra de los múltiples movimientos y luchas indígenas y de las recomendaciones hechas por Naciones Unidas, Brasil introdujo, por primera vez, en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que, tradicionalmente, ocupan los indígenas, en toda América Latina han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas, lo cual ha implicado un importante esfuerzo de adecuación, no solo en el plano institucional, sino especialmente en relación con la propia dogmática de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que, sin perder su propia naturaleza, de respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural, presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad que han propugnado los defensores de la noción clásica del Estado Nación y, en especial, aquellos juristas positivistas que creen, de manera radical, en la concepción monista del derecho y que, por tanto, identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal.

La principal consecuencia jurídico-constitucional de este reconocimiento la encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes, transformación que ha implicado hacer visibles, y dotar de pleno valor jurídico, a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos. Así por ejemplo, en el caso ecuatoriano, el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de los pueblos indígenas, tanto por la Constitución como por las normas del derecho internacional de los derechos humanos,

implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios: 1) la legislación general, aplicable a todos los habitantes del Ecuador y, en tal virtud, a los pueblos indígenas que, en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales; 2) la legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una medida de discriminación positiva favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los convenios y tratados internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas; apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias; y finalmente, 3) los sistemas jurídicos propios que, como lo hemos dicho, en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente y, en esa medida, válidamente aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social, propios de la tradición cultural de cada una de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Las razones y sinrazones de García Amado

Las razones del profesor español

Ante la debilidad teórica manifiesta de sus argumentos y “razones” contra la nueva Constitución vigente y la nueva institucionalidad por ella creada, nuestros “constitucionalistas”, opinadores jurídicos y “tertulianos de café”, últimamente han intentado fortalecer sus explicaciones llamando en su auxilio a algunos teóricos neopositivistas europeos que han debido acudir urgentemente al Ecuador, para sacar al debate del “limbo” en el que lo había dejado la incoherencia de los editoriales ideologizados y diatribas de los representantes de nuestro positivismo criollo.

El más significativo de los aportes “foráneos” al debate ecuatoriano entre los críticos y defensores del paradigma jurídico expresado en la Constitución, lo ha hecho el profesor y catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de León, (España) Juan Antonio García Amado, quien es uno de los más caracterizados y agudos críticos contemporáneos del neo-constitucionalismo en el ámbito de la Europa del Sur.

En su particular estilo “socrático”, en el que combina la ironía con la polémica el profesor García Amado hace una crítica mordaz a las tesis fundamentales del neo-constitucionalismo, sistematizadas por otro jurista español Luis Prieto Sanchís (Prieto Sanchís, 2004:235). De acuerdo con García Amado, el neo-constitucionalismo se caracterizaría por las siguientes tesis:

- a) La indefinición teórica del neo-constitucionalismo y su designio preferentemente político antes que jurídico (García Amado et al., 2010: 3-38).
- b) Una “nueva” manera de concebir el sistema jurídico, caracterizado por tener una Constitución material-axiológica encarnada en los valores constitucionales y en las cláusulas sobre derechos fundamentales y sus garantías, lo que implica la eliminación de la distinción entre constitución formal y constitución material típica de la pedagogía jurídica del positivismo.
- c) Esos valores y principios que hacen parte de la Constitución material tienen carácter objetivo que se puede conocer, y se constituyen en el núcleo esencial de la Constitución y del ordenamiento jurídico.
- d) Puesto que los fundamentos del neo-constitucionalismo son metafísicos y se apoyan en una doctrina moral objetivada en las decisiones de los jueces, no se necesita, en realidad, argumentar puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino que se trata de hacer aparecer la respuesta correcta prefigurada constitucionalmente.
- e) La Constitución material objetivada refleja un orden social necesario.
- f) Ese orden de valores, o lo que es lo mismo, esa moral objetivada contiene una respuesta cierta y objetiva para la solución de cualquier problema o cuestión jurídica que se plantee en el ordenamiento, de tal manera que la Constitución es “omnipresente”. Tal respuesta sería

una única respuesta correcta, siendo la pauta de corrección un dato objetivo.

- g) La predeterminación de la o las respuestas correctas implica la existencia de un órgano, denominado corte o tribunal constitucional, encargado de velar por la vigencia efectiva de la Constitución y sus valores.
- h) Puesto que existe un orden axiológico objetivo, el juez constitucional no ejerce ninguna discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones (Dworkin) o la ejerce solo en casos extremos “casos difíciles” en el que ocurra un empate entre principios o derechos constitucionales (Alexy).
- i) La existencia de un método especial “estrictamente constitucional” para captar las soluciones predeterminadas constitucionalmente a esos casos difíciles. El método es la ponderación.
- j) La combinación de todas estas características (Constitución material, prefiguración constitucional de respuestas correctas, ausencia de discrecionalidad y existencia del método de ponderación), determinan la existencia de la dictadura del tribunal constitucional.
- k) El neo-constitucionalismo, así caracterizado, tiene graves consecuencias en el plano general de la filosofía: En lo ontológico, el objetivismo ético implica afirmar la existencia de un único sistema moral constitucional, esto es un confesionalismo constitucional; en lo epistemológico, hay un cognocitivismo ético que, además de implicar que existen esas respuestas correctas derivadas de la moral constitucional, también los jueces las pueden conocer; en lo político el neo-constitucionalismo santifica un “elitismo” y “platonismo judicial” que determina que solo los jueces constitucionales están capacitados para conocer la verdad de la Constitución (García Amado et al., 2010:39-72).

Pero García Amado no se limita a presentar lo que, a su juicio, son las graves inconsistencias del neo-constitucionalismo. Plantea, además, una visión positivista alternativa a los “cantos de sirena” y a la indeterminación que caracteriza, en su criterio, a estas posiciones teóricas.

- a) La negación del principio de “omnipresencia constitucional” y la defensa del literalismo constitucional; que implica, según el autor, la

convicción de que la Constitución solo “dice lo que dicen” sus normas y no aquello que los intérpretes creen que el texto constitucional expresa.

A partir de esa aseveración tajante, García Amado elabora un esquema tripartito del contenido constitucional y niega la existencia de lo que Alexy denomina normas implícitas: 1) las cosas que la constitución claramente dice para mandarlas, prohibirlas o permitir las; 2) cosas de las que la carta fundamental no dice absolutamente nada; y 3) cosas de las que no se sabe si dice algo o no (Bernal Pulido, 2008:14).

Este postulado, además, tiene un fundamento político vinculado a la defensa de la prioridad de la función legislativa democráticamente elegida.

La tripartición implicaría la negación de la omnipresencia constitucional porque ésta solo podría regular las situaciones enmarcadas en el primer caso, mientras que al legislador secundario le correspondería definir las cosas establecidas en el segundo y tercer casos, lo cual, obviamente, va en contra de la visión neo-constitucional que defiende la competencia regulatoria constitucional en todo el espectro del ejemplo propuesto, a través de dos mecanismos: en lo que atañe a lo que la Constitución expresamente dispone no habría desacuerdo con García Amado, mientras que frente a los casos segundo y tercero presentados, no sería el legislador sino la propia Constitución, a través del juez constitucional, quien tendría la capacidad normativa.

- b) El alcance del carácter normativo y garantizado de la Constitución. Si bien García Amado y los positivistas actuales reconocen, al igual que los neo-constitucionalistas, el carácter normativo de la Constitución, lo que implica, en primer lugar, una garantía judicial de la Carta, pero, a diferencia de estos, dicha garantía no es de máximos sino de mínimos, lo cual quiere decir que el control estaría dirigido solo contra normas que, manifiestamente, vulneren la semántica de los enunciados constitucionales.

Esto, por supuesto, implica que, en la visión positivista, el juez no tiene un rol dirigente en la definición y creación del derecho sino que sigue teniendo una posición subsidiaria frente al legislador como ocurría en el siglo XIX, es decir que en la visión de García Amado existi-

ría una regla de preferencia sobre quién tiene la última palabra sobre lo que la Constitución, efectivamente, determina.

- c) Subsunción en lugar de ponderación. El tercer motivo fuerte de ataque de García Amado al neo-constitucionalismo se enfoca contra la ponderación como método de interpretación prioritaria de los derechos fundamentales y de la Constitución. Las principales críticas a este método son los siguientes:

- Según García Amado, la Ponderación es irracional porque a su juicio no tiene una estructura clara ni existe un “ponderómetro” es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preferirse frente a otro en el caso concreto (García Amado, 1996:71).
- La ponderación, de acuerdo con el profesor español, es un concepto que los tribunales utilizan para dar una apariencia de fundamentación, dando una apariencia de legitimidad a un activismo judicial que viola las competencias del legislador, totalmente incompatible con la democracia y al Estado de Derecho.
- La ponderación revela un formalismo ingenuo, pues para García Amado implica una confianza ingenua en la racionalidad del tribunal constitucional, ya que en una sociedad pluralista, los principios morales no pueden tener un carácter objetivo y, por tanto, el juez constitucional no puede conocer objetivamente el contenido exacto de la constitución material.
- La Ponderación, para García Amado, es irrelevante puesto que puede sustituirse con mejores resultados por un procedimiento subsuntivo, mismo que ofrece una mejor fundamentación racional de las decisiones judiciales que la ponderación, ya que permite evidenciar las verdaderas razones y elecciones del juez al decidir (Sanín, 2006:115), pues están claros los pasos de la argumentación de los jueces en las decisiones intermedias de los jueces.

Los argumentos “jurídicos” de la sinrazón

Como demostrara el Quijote hace más de cinco siglos en sus andaduras por la meseta manchega, “la razón” y “las razones”, a pesar de su aparen-

te plausibilidad, muchas veces, la mayoría esconden la sinrazón. En este caso, el lenguaje agudo y sofisticado con que García Amado nos habla del neo-constitucionalismo, encubre una serie de contradicciones que invalidan, en mucho, sus razonamientos, como pasamos a ver a continuación, al examinar ,punto por punto, sus planteamientos jurídicos en contra de los principales argumentos neo-constitucionales:

García Amado acusa al neo-constitucionalismo de indeterminado teóricamente y extra jurídico (García Amado et al., 2010:3-38). Nada más alejado de la realidad. Las posturas neo-constitucionalistas están claramente definidas desde hace mas de 60 años cuando los juristas italianos y alemanes de la post-guerra debatieron la naturaleza normativa y positiva de los principios constitucionales; lo que ocurre es que, al igual que pasa con el positivismo, donde sus caracteres distintivos son defendidos por un espectro variopinto de teóricos de la más diversa procedencia, el *ethos* post-positivista también es asumido con distinta intensidad por autores muy disímiles entre sí como Dworkin o Carlos Santiago Nino (iusnaturalistas confesos) y Luis Prieto o Gustavo Zagrebelski (defensores claros de una ciencia jurídica positivista).

En realidad, la cuestión es que, haciendo lo que vilipendia en otros,¹³¹ ataca al neo-constitucionalismo con argumentos que solo sirven para criticar algunas posturas iusnaturalistas extremas que no vinculan, para nada, al espectro completo de los defensores de una Constitución materializada, vinculada a la realización efectiva y normativa de los derechos humanos. Es así como acusa, por fuera de toda evidencia empírica, a los juristas post-positivistas, en su conjunto, de defender un monismo axiológico y la existencia de una única solución correcta a cualquier problema jurídico constitucional, cuando ésta es una postura que, en el amplio espectro dogmático contemporáneo, únicamente defiende Dworkin; los demás neo-constitucionalistas defienden una visión pluralista de la Constitución donde se reflejan y entran en contacto y conflicto principios de la más diversa naturaleza que compiten en el escenario constitucional por la supremacía fáctica frente a los otros.

¹³¹ García Amado en muchos de sus artículos acusa a los neoconstitucionalistas de verse reflejados en el espejo borroso de un positivismo inexistente, el paleopositivismo de mediados y fines del siglo XIX, evitando incorporar los argumentos de los juristas contemporáneos.

En cuanto a la acusación de extrajuridicidad de los planteamientos post-positivistas, tampoco lleva razón García Amado como se prueba fácilmente con el mismo hecho de que todos los juristas neo-constitucionalistas defienden una naturaleza normativa y positiva de la Constitución. Lo que si ocurre es que el garantismo constitucional no esconde, como intentan hacer los positivistas como García Amado, su militancia en el humanismo y su defensa radical de los derechos humanos como estándares de convivencia civilizada entre las personas.

En cuanto al carácter axiológico y metafísico de la Constitución materializada tiene razón García Amado en calificarla de valorativa por estar vinculada a la realización efectiva de la dignidad humana y al considerar que estos valores se constituyen en el núcleo esencial de la Constitución y del ordenamiento jurídico; pero esto no les da un carácter metafísico, porque justamente el avance neo-constitucional consiste en convertir a unos valores dados (los derechos humanos) en normas positivas que vinculan tanto al Estado y sus agentes como a los particulares.

Otra de las falacias retóricas del profesor García Amado es considerar que los jueces no tienen, a la hora de decidir un caso, ningún margen de discrecionalidad o libertad jurídica debido a la existencia de un único orden moral constitucionalizado. Los jueces, en el contexto neo-constitucional, más que en ningún otro momento de la historia jurídica occidental, tienen la obligación de argumentar sus decisiones y no de cualquier manera sino siguiendo las reglas estrictas del método argumentativo racional, justamente porque no existe una única moral objetivada que dé una única respuesta cierta e inequívoca a cualquier cuestión jurídica formulada. Éste sería, más bien, el caso del juez si todavía estuviéramos en vigencia del Estado legicéntrico decimonónico donde, al existir un solo centro de irradiación normativa, el Parlamento, controlado por un único grupo social relevante, sí existía una única moral objetivamente aplicable, la de la supuesta voluntad general del grupo dominante, expresada en la ley.

La siguiente crítica al constitucionalismo contemporáneo del profesor español se dirige contra la existencia de la justicia constitucional, encargada de velar por la vigencia efectiva de la Constitución y sus valores. En este punto, García Amado combina las acusaciones clásicas contra la existencia de un control judicial de la Constitución, esto es, la ausencia de

legitimidad democrática de los jueces constitucionales frente a la vigencia del principio democrático y mayoritario representado en el Legislador parlamentario, unidas con una acusación propia sobre los riesgos de un supuesto elitismo y el platonismo judicial, derivados de su desconfianza a la racionalidad de las decisiones de los jueces constitucionales.

En cuanto a lo primero, olvida García Amado mencionar en sus escritos algo que otros eminentes positivistas contemporáneos, como Ignacio de Otto o Luis Prieto, ya han reconocido: el hecho de que la legitimidad de los jueces constitucionales y de toda la institucionalidad del Estado Constitucional contemporáneo viene directamente del pueblo, a través de la Constitución aprobada mediante *referéndum*, que es la misma legitimidad predicable de las decisiones legislativas.

En lo que respecta al elitismo judicial y a la falta de confianza respecto de la racionalidad y razonabilidad de las decisiones de la justicia constitucional, éste sería un argumento quizás aceptable en sistemas de rígido control concentrado de constitucionalidad como el Español donde los asuntos constitucionales solo pueden ventilarse y resolverse en el Tribunal Constitucional, pero en sistemas jurídicos mixtos como los actualmente existentes en Latinoamérica esto no es verdad puesto que el control de constitucionalidad, y particularmente la garantía de los derechos, están atribuidas al conjunto de la judicatura que es, por lo menos desde el punto de vista numérico, mucho más extenso, democrático y pluralista que el reducido grupo de miembros de los parlamentos nacionales. En cuanto a la arbitrariedad de las decisiones, es obvio que el deber de justificación y motivación de las sentencias que la Constitución impone a los jueces y particularmente a los jueces constitucionales, es mucho más estricta, sin dejar de ser aleatoria, que aquella que se exige a los legisladores en el contexto de los debates parlamentarios, vinculados a una posible dictadura de la mayoría y signados mucho más claramente por razones extrajurídicas, como la razón de Estado o los intereses electorales de los miembros del Congreso.

Respecto a la impugnación de los métodos especiales de aplicación e interpretación de la Constitución defendidos por el neo-constitucionalismo y particularmente contra la ponderación, como se vio más arriba, los acusa de ser arbitrarios, irracionales e innecesarios en cuanto no logran justificar la decisión interpretativa, escogida a través de una serie de reglas

generales (intersubjetivas) que permitan tomar siempre la misma decisión en casos análogos. Lo cierto es que la ponderación, con todos sus defectos, es mucho más racional que la simple conversión mecánica de los problemas sociales y jurídicos en formulas lógico-matemáticas. Esto por cuanto la necesidad de argumentar que tienen los jueces al ponderar es mucho más exigente desde el punto de vista de la razón que la subsunción que, como toda operación matemática, implica un alto grado de simplificación y caricaturización.

Una respuesta a García Amado desde la perspectiva constitucional, latinoamericana emancipatoria y pluricultural

Las falacias teóricas de García Amado no se quedan en el campo estricto de las ideas. En el caso de su juicio negativo al proceso constituyente ecuatoriano, su visión formalista del Derecho y la justicia lo hace incurrir en notables inconsistencias políticas que le impiden ver la realidad ecuatoriana en su real dimensión. El principal problema de los planteamientos del filósofo del derecho español respecto de la Constitución de Montecristi es que cae en el error, ya denunciado hace muchos años por Carl Schmitt en relación con Kelsen, de intentar pasar del orden normativo puro a los juicios sobre la vida real sin espacio, tiempo y voluntad de transición.

Este error primigenio, surge a partir de la creencia en que los conceptos jurídicos se pueden traspasar y llevar a la práctica apriorísticamente sin tomar en consideración las circunstancias y los contextos de aplicación; lo cual lleva a García Amado a aventurarse, sin la protección que da a conocer bien el contexto, en el enjuiciamiento de un proceso constitucional tan complejo y particular como el ecuatoriano de 2006-2008.

Sostengo que García Amado juzga la nueva Constitución y la jurisdicción constitucional ecuatoriana sin conocerlas lo suficiente porque simplemente se ha ocupado de “leer” los enunciados normativos incorporados en el texto, sin adentrarse en los contextos y los pretextos que los explican. Y esto ocurre porque nuestro autor, como todos los teóricos positivistas, se mantiene en el restringido ámbito de la lingüística normativa.

La Constitución ecuatoriana es como es: normativa, principalista, judicialista, anti-legislativa, reglamentaria y extensa, porque no podía ser de otra manera dado el contexto político e institucional en que fue redactada y aprobada. Para poder entenderla y aplicarla con un cierto nivel de corrección, no solo hay que saber al dedillo su estructura lingüística y su textualidad sino que hay que apreciar el proceso político y social que la generó. Ahora bien, desde la lógica positivista esa labor no es propia de los juristas profesionales, sino que corresponde, más bien, a sociólogos, politólogos o historiadores. Nada más falso. El análisis dogmático jurídico de una norma no es únicamente su exégesis gramatical, importa igualmente, y esto hace parte de lo técnico-jurídico, conocer a profundidad las razones del constituyente y sus procesos.

Dos ejemplos sirven para ilustrar la afirmación anterior. En el caso de la Constitución española de 1978, sus normas no se pueden entender ni aplicar eficazmente si no se toma en consideración, al momento de su interpretación y aplicación concreta, el hecho de que es una Constitución de transición a la democracia, pero no de cualquier transición sino de una transición permitida y dirigida en sus líneas fundamentales por los protagonistas del tardo-franquismo y, de allí, su texto con el énfasis marcado hacia la parte orgánica, porque lo que interesaba era crear un entramado institucional sólido que permitiera dar vía libre a una transición lenta y pacífica hacia la democracia. Y el Estado social de mercado, en lo que atañe a la parte dogmática, el conservadurismo y la parquedad conocidas de la Constitución española, si se le compara con otras de su tiempo (específicamente con la Constitución portuguesa de 1976), es señaladamente conservadora y su desarrollo actual se le debe no propiamente a su texto cuanto a la labor del Tribunal Constitucional. Igual sucede con la Constitución ecuatoriana de 1998 cuyos exiguos resultados normativos no se entienden y su valoración teórica no se puede hacer si no se conoce suficientemente que esta Carta fundamental fue el resultado de la difícil conciliación de dos realidades opuestas y contrarias en un mismo texto jurídico: es el resultado y expresión de las demandas acumuladas por los pueblos indígenas y los sectores sociales más desfavorecidos frente a la imposición del modelo económico e institucional, constitucional-oligárquico empresarial.

Y algo similar o parecido ocurre cuando intentamos valorar jurídicamente la Constitución de Montecristi y sus instituciones más representativas. No se pueden leer ni mucho menos entender los enunciados normativos si no se toman en consideración al momento de su aplicación e interpretación las razones y motivos de los constituyentes para redactar tal o cual norma, así como la propia composición de la Asamblea. La primera cuestión que permite entender la nueva Constitución, es conocer la motivación o finalidad última del cambio constitucional. Hay que saber, por ejemplo, que todo el proceso constituyente se fraguó con un propósito claro: el deseo del pueblo de transformar las caducas estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 50 años, las cuales, como en muchos países de nuestro entorno, llevaron al país a una situación de postración institucional y moral sin precedentes, que se reflejó en la permanente inestabilidad política ecuatoriana de la última década y que, incluso, nos llevó a perder nuestra moneda, símbolo natural de la soberanía nacional. La metamorfosis de esas estructuras tiene dos elementos esenciales: el desmonte de la estructura económica neoliberal que, en 15 años, había desarmado el Estado y llevado a la diáspora a más de 3 millones de compatriotas; y, la necesidad de una revolución profunda, política y jurídica, pacífica y en democracia que, además de modificar el sistema electoral transformará la noción tradicional de democracia representativa, entendida como supremacía absoluta de una mayoría, por la idea de democracia constitucional y participativa, pensada como lugar de realización de la supremacía de la Constitución (Ávila Santamaría, 2008:225).

Y hay que entender también la directa responsabilidad en estos hechos de las élites anteriormente dominantes, cuya expresión más acabada era, justamente, los partidos políticos con representación parlamentaria, (la partidocracia), que fueron directamente responsables de la crisis social, política e institucional que vivió el país en los últimos 15 años.

Y ante esta situación de ruptura radical del pueblo con las instituciones representativas tradicionales, la nueva Constitución no podía repetir fórmulas clásicas de división y separación de poderes. Y así se entiende la reordenación radical del sistema de división de poderes y del sistema de fuentes del Derecho que se reflejan en la restricción superlativa de la

influencia de la función legislativa, (dominada por la partidocracia) en la vida institucional y jurídica del país, así como el nuevo rol que juegan los jueces constitucionales en la definición y creación de lo que es el derecho estatal. Esto, por supuesto, va en contravía de la idea defendida por el formalismo ético y el positivismo teórico respecto de la posición preeminente del poder legislativo, respecto del resto de poderes, basados en el principio democrático.

Hay también en la nueva Constitución una directriz claramente vinculada con el neoconstitucionalismo, dirigida a construir una Justicia Constitucional eficaz y altamente profesionalizada, totalmente independiente del resto de los poderes del Estado, incluida la función judicial. Sobre este particular, al interior de la Constituyente, se discutieron profundas modificaciones de la estructura y función de los jueces relacionados con la necesidad de dar efectos reales y concretos al principio de supremacía de la Constitución, principio básico de la materialización y constitucionalización del ordenamiento jurídico.

La discusión se focalizó en dos puntos: la capacidad de controlar constitucionalmente las decisiones judiciales, y el nombre y lugar dentro de la estructura del Estado de la ex-Corte Suprema de Justicia. En cuanto a lo primero, la cuestión era diseñar un mecanismo que hiciera posible el control jurídico de las decisiones de los jueces, a fin de garantizar la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución. El dispositivo que encontraron los constituyentes fue el fortalecimiento del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos y, particularmente, la creación de la llamada “Acción Extraordinaria de Protección”, mediante la cual cualquier ciudadano, que sintiera afectados sus derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva por cuenta de una decisión judicial, podría solicitar a la Corte Constitucional la tutela jurisdiccional y, como consecuencia de ello, reparación inmediata de la vulneración a sus derechos.¹³²

Los enemigos de la figura, consideran a la iniciativa constituyente como una grave vulneración a la unidad judicial y seguridad jurídica, así como a la independencia de la función judicial. Los defensores de esta

¹³² Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Artículo 437.

tesis argumentan que, la revisión de las decisiones judiciales por parte de la justicia constitucional crea una instancia adicional y elimina la predictibilidad que debe tener el Derecho en un Estado de Derecho, introduciendo, por la puerta de atrás, el subjetivismo y la arbitrariedad en las decisiones judiciales. Consideran, en ese mismo sentido, que darle capacidad a un ente ajeno a la función judicial para “enmendar la plana” de los jueces, viola el principio de la unidad jurisdiccional, según el cual, ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones judiciales a excepción de los jueces y funcionarios judiciales. Finalmente, consideran que la creación de un mecanismo jurídico como la acción extraordinaria de protección, atenta contra la autonomía e independencia judicial, en tanto pone en entredicho la autoridad de los jueces para tomar libremente sus decisiones sin estar sujetos a la tutela de un órgano o poder ajeno a ellos mismos.

Olvidan, sin embargo, quienes así argumentan contra el texto constitucional, que la “acción extraordinaria de protección” nunca fue pensada por el constituyente como un control judicial adicional, sino que se trata de un control estricto de constitucionalidad de las decisiones judiciales que, al igual que cualquier decisión de autoridad pública, debe estar conforme al texto de la Constitución.

En ese sentido, lo que en realidad hay detrás de la impugnación de esta parte de la Constitución es la lucha final del positivismo por impedir la constitucionalización del derecho y la consolidación de la Constitución como norma (Ávila Santamaría, 2008:203), a través de una defensa “fuera de época” del fetichismo legal, de la teoría positivista de las fuentes del derecho, que ya, en los años 30 del siglo pasado, denunciaban autores tan prestigiosos como Alf Ross (Ross, 2007:241-249), y que, por lo tanto, no tienen cabida a estas alturas del siglo XXI.

En lo tocante al modelo de justicia y al papel de los jueces en el nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano, tenemos que, según el artículo 1 de la nueva Constitución, el nuevo Estado ecuatoriano es constitucional de los derechos y justicia. Este cambio, aparentemente semántico, tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en el Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República, por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional post-positivista.

Como se ha dicho antes, el paradigma constitucional garantista pretende, en última instancia, la re-materialización de la Constitución (Carbonell, 2005:305-346), a través de su conversión en norma jurídica, o mejor, en conjunto normativo (Ferrer Mc Gregor, 2005) plenamente eficaz. Como se sabe, el objetivo principal de este modelo de Constitución es justamente garantizar, de forma efectiva, los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaz y moderno.

Ahora bien, cumplir con este designio implica, como es obvio, transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un “Estado jurisdiccional”, debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente y se convierten en realizadores materiales de los valores y principios constitucionales. En ese sentido, a partir de que los jueces se convierten en agentes esenciales de la axiología constitucional, la práctica judicial se transforma. Concretamente ésta deja de ser una mera operación de subsunción de normas, vinculada a la lógica formal aristotélica para convertirse en un proceso fundamentalmente retórico donde la argumentación y la hermenéutica se convierten en el escenario privilegiado de acción judicial.

Por supuesto que este modelo de Constitución y de Justicia choca, en el caso ecuatoriano, con la cultura jurídica positivista que defiende García Amado, visión que, como hemos dicho, condena a los jueces a desempeñar un rol totalmente dependiente y mecánico frente a los otros poderes públicos, y que convierte al juez en un verdadero autómatas ciego, cuya subjetividad social, moral y política, en nada, incide a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales.¹³³

Al contrario de esta visión, la nueva Constitución ecuatoriana, representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente en el pasado, reemplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, lo cual quiere decir que, a partir del momento en que se asume este mode-

¹³³ De acuerdo con la perspectiva positivista, la función del juez se reduce a conocer y encontrar aquella única “respuesta correcta” que, necesariamente, contiene el ordenamiento jurídico.

lo constitucional, los jueces comenzarán a participar realmente en la definición y control de las políticas públicas, a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales.

Un modelo jurídico como el aquí esbozado implica, por supuesto, que el tránsito de la regla general a la decisión concreta se hace mediante un proceso de argumentación e interpretación, sobre la base del sentido común, de los valores y del balance de interés políticos del juez, que tiene como antecedente la conciencia jurídica popular (Ross, 1997:90) y de la idea de justicia imperante en la sociedad, de tal suerte que el derecho vigente no se halla en la leyes debidamente aprobadas, sino que la realidad del Derecho se encuentra, en realidad, en las acciones de los tribunales (Ross, 1997:55-105).

Pero donde definitivamente la Constitución implica la superación de las concepciones estatalistas defendidas por el positivismo teórico, está en la garantía del pluralismo jurídico en el Ecuador y el reconocimiento de, por lo menos, tres órdenes normativos vigentes (Montaña, 2009), lo que implica el fenecimiento definitivo de aquella clásica identidad entre Derecho y Estado nacional. Esto, desde luego, no lo aceptan ni lo pueden entender los positivistas europeos y entre ellos García Amado, cuyo contexto histórico y cultural solo les permite ver al derecho estatalista como el único derecho vigente.

Bibliografía

Doctrina y dogmática jurídica:

- Ávila Santamaría, Ramiro, Grijalva Jiménez, Agustín y Martínez Dalmau, Rubén (Coord.) (2008). *Desafíos Constitucionales*, Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador.
- Ávila Santamaría, Ramiro (Ed.) (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador)
- Arango Olaya, Mónica (2004). “El Bloque de Constitucionalidad en el Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”. En *Precedente 2004*.
- Autores Varios (2005). *Veinticinco años de Democracia en Ecuador (1979 - 2004)*. Quito: Editorial El Conejo – Odisea Producciones Culturales.
- Barile, Paola (1964). *Corso di Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam
- Bernal Pulido, Carlos (2008). *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia
- Biscaretti di Ruffia, Paolo (1986), *Diritto Costituzionale*. Nápoli: E. Jovene.
- Santos, Boaventura de Sousa (2006). *Reinventar la Democracia reinventar el Estado*. CLACSO.
- Bobbio, Norberto (1965). *Giusnaturalismo e positivismo jurídico*. Milano: Edizioni di Comunita.
- Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola (1994). *Diccionario de Política*. México D.F.: Siglo XXI Editores.

- Bobbio, Norberto (2007). *El problema del positivismo Jurídico*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- Carpio Marcos, Edgar (2004). “Bloque de Constitucionalidad y Proceso de Inconstitucionalidad de las Leyes”, Ponencia presentada en la Conferencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Cristóbal de Huamanga. Junio 12, San Cristóbal de Huamanga, Ecuador.
- Carbonell, Miguel (Coord) (2005). *Diccionario de Derecho Constitucional*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Carbonell, Miguel (Coord) (2005). *Teoría de la Constitución, ensayos Escogidos*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Carpizo, Jorge (1998), *Estudios Constitucionales*. México D.f.: UNAM – Porrúa.
- Carpizo, Jorge (2005). *Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente*, Miguel Carbonell (Comp.). México D.F.: Editorial Porrúa.
- Carre de Malberg, Raymond (1998), *Teoría General del Estado*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Consejo Nacional Electoral y Ministerio de Educación (2009), *Guía para jóvenes*, Quito.
- De Cabo de la Vega, Antonio (1994). “Nota sobre el Bloque de Constitucionalidad”, en *Jueces para la democracia* N° 24.
- Courtis, Christian y Ramiro Ávila Santamaría (Comp.) (2009) . *La protección judicial de los Derechos Sociales*, Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador.
- Delgado Jara, Diego (2007). “Ecuador terror mortal a la constituyente”. *Diario el Comercio*, Febrero 20. Sección Editorial.
- De Otto, Ignacio (1997). *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Fajardo Arturo, Luis (2007). *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia, Influencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, Luigi (2008). *Las libertades en el tiempo de neoliberalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer Mc Gregor, Eduardo (Coord.) (2005). *Interpretación Constitucional, Tomo 1*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- García Amado, Juan Antonio (1996). “Ductibilidad del derecho o Exaltación del Juez, Defensa de la ley frente a otros valores y principios”, en *Revista Archivo de Filosofía del Derecho* Vol. XIII y XIV.
- García Amado, Juan Antonio (et. al.) (2010). *Lecturas Sobre Derecho Constitucional Contemporáneo*, Guayaquil: Universidad Espíritu Santo
- García Máñez, Eduardo (1997). *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y iusnaturalismo*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- García Pelayo, Manuel (1987). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial
- Grijalva, Agustín. *¿Qué son los Derechos Colectivos?*, Universidad Andina Simón Bolívar: Administración de Justicia Indígena y Derechos Colectivos, Programa Andino de Derechos Humanos. <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>. (visitado febrero 11 de 2010).
- Guastini, Riccardo (2008). *Sobre el Concepto de la Constitución*, Miguel Carbonell (Comp.). México D.F.: Editorial Porrúa
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (1968). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Heller, Herman (1963). *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- International Commission of Jurist (2008). *Courts and legal enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, Geneva
- Kymlicka, Will (2009). *Derechos Individuales y Derechos Colectivos*, María Paz Ávila y María Belén Corredores (Ed.). Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador.
- Kymlicka, Will (2009). *Derechos Ancestrales*, Carlos Espinosa Gallegos y Danilo Caicedo (Ed.). Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador.
- Lasalle, Ferdinand (1975). *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona: Ariel.
- Lucas, Kinto (2007). “Correa en guerra a diario con los medios de comunicación”. *Inter Press Service (IPS)*. Junio 01.

- Manili, Pablo Luis (2002). *La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mcllwain, Charles (1991). *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mendoza Escalante, Mijail (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores.
- Moncada, Alexandra (-), *Propuestas de Participación Política en Ecuador*, organización Caritas Ecuador: http://caritasecuador.org/z_docs/08SS/AlexandraMoncada.pdf. (visitada en junio 29 de 2009).
- Montaña, Juan (2008). “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”; ponencia presentada en Jornadas de capacitación en justicia constitucional, Diciembre de 2008. Quito, Ecuador.
- Montaña, Juan (2009). *Derechos Ancestrales*, Carlos Espinosa Gallegos y Danilo Caicedo (Ed.). Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador
- Murillo, Gabriel (1990). *Una Constituyente para la Colombia del futuro*. Bogotá: Universidad de los Andes – FESCOL.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2007). “El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del Derecho Internacional y Derecho Constitucional en el aseguramiento y garantía de los Derechos Fundamentales en América Latina”. Ponencia presentada en las Trigésimo Séptimas Jornadas de Derechos Público, Universidad Católica de Valparaíso, Noviembre 8-9, Valparaíso, Chile.
- Olano García, Hernán. “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia”. En revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 3, N.º 1.
- Pazmiño, Patricio (2003). *Acciones Judiciales nacionales e internacionales para garantizar la vigencia del Derecho*. Quito: Laser Editores.
- Paz y Miño, Juan (2007). *Constituyentes, Constituciones y Economía*, Asamblea Constituyente y Economía. Quito: Abya Yala.
- Pérez Tremps, Pablo (2004), *Los Derechos Fundamentales*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Platón (1988). *La República*. Madrid: Alianza Editorial
- Platón (1980). *Protágoras*: Oviedo: Pentalfa Ediciones

- Prieto Sanchís, Luis. (Ed.) (2004). *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Ramírez Cleves, Gonzalo (2005). *Límites a la Reforma Constitucional en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia
- Revista Europea de Derechos Fundamentales. N.º 5/1. Semestre 2005. Valencia.
- Revista Europea de Derechos Fundamentales. N.º 6/2. Semestre 2005. Valencia.
- Riofrío Martínez – Villalba, Juan Carlos., “El Bloque de constitucionalidad ecuatoriano”, en *Foro* Nº 6.
- Ross, Alf (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba
- Ross, Alf (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid: CEPS.
- Rubio Llorente, Francisco (1989), “El Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Núm. 27.
- Sanín, Ricardo (2006). *Justicia Constitucional*. Bogota: Editorial Legis.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología Jurídica Crítica*, Madrid: Editorial Trotta.
- Scarpelli, Uberto (1997). *Cos'è il Positivismo giuridico*. Napoli: ESI Editori
- Schmitt, Carl (1986). *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial
- Sieyes, Emmanuel (1983). *¿Qué es el Tercer Estado?*. México D.F.: UNAM.
- Skocpol, Theda (1985). *Los Estados y las revoluciones sociales*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Tarello, Giovanni (1976). *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonia: Il Mulino
- Uprimny, Rodrigo, Adriana Fuentes, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo (2006). *Libertad de expresión y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá: DeJusticia.
- Uprimny Yepes, Rodrigo (2009). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, DeJusticia. dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46. (visitada en junio 16 de 2009).
- Viciano Pastor, Roberto. y Martínez Dalmau, Rubén (2001), *Cambio Político y Proceso Constituyente en Venezuela, (1998-2000)*. Caracas: Vadell Editores.

Yépez Parra, Antonio (1999). *El Derecho a la salud: la necesidad de repensar los derechos sociales*, Fundación Universitaria San Martín. <http://scielo.sld.cu/pdf/rcsp/v25n2/spu02299.pdf>. (Visitada marzo 24 de 2010).

Zagrebelsky, Gustavo (1998), *Manuale di diritto costituzionale: il sistema di fonti*. Torino: Uthet.

Normas nacionales e internacionales:

Código Civil de Ecuador, Suplemento Registro Oficial N° 46 del 24 de junio de 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 del 3 de Enero de 2003.

Constitución Política del Ecuador (1998), publicada en el Registro Oficial N° 001 de 11 de Agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, artículo 46.

Convenio 169, Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión.

Declaración de Quito, manifiesto de Organizaciones de Derechos Humanos adoptado el 24 de julio de 1998.

Decreto Ley 2000-1, Suplemento del Registro Oficial 144, 18-VIII-2000
Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, sancionada y publicada el 22 de julio de 2004.

Ley de Radiodifusión y Televisión, promulgada mediante Decreto Supremo N.º 256-A, por el General Guillermo Rodríguez Lara, 18 de abril de 1975.

Ley Reformativa a la Ley de Radiodifusión y Televisión, s/n, Registro Oficial 691, 9-V-95.

Ley 89-2002, Registro Oficial 699, 7-XI-2002.

Principios de Limburgo, adoptado en Masstricht, en la Reunión de Expertos del Derecho Internacional del 2-6 de junio de 1986.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999 y suscrito por Ecuador el 25 de marzo de 1993.

Jurisprudencia nacional e internacional

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 0012-09-SIS-CC, 08 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N.º 001-10-SIN-CC, 21 de abril de 2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 225 del 18 de mayo de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aceveda Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *New York Times vs Sullivan* de 1964.
Tribunal Constitucional de España, Sentencia 10/1982, 23 de marzo de 1982.
Tribunal Constitucional de España, Sentencia 10/1982, 23 de marzo de 1982.
Tribunal Constitucional de España, Sentencia 87/1985, 16 de julio de 1985.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Chauvy y c. Francia*, Sentencia dictada el 29 de junio del 2004.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dabrowski c. Polonia*, Sentencia del 19 de diciembre del 2006.
Primera Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 1491-06-RA del 24 de septiembre de 2008.

Anexos

1. **Texto completo de la Resolución No. 627-AA-00-I.S., en referencia a la demanda presentada respecto a la Carta de Intención con el Fondo Monetario Internacional.**

Quito, 31 de octubre del 2000

RESOLUCIÓN No. 627-AA-00-I.S.

LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No.011-2000-AA,

ANTECEDENTES:

El abogado Francisco Banchón Ramírez, los doctores Enrique Mármol Palacios y Patricio Pazmiño Freire y más de mil ciudadanos, demandan la inconstitucionalidad del acto administrativo de suscripción y remisión al señor Stanley Fisher, Director del Fondo Monetario Internacional encargado, de la Carta de Intención y el Memorando Adjunto que contiene el programa de política macroeconómica, fiscal, monetaria, cambiaria y bancaria y la ley fundamental para la transformación económica del Ecuador del 4 de abril del 2000, por parte del Ministro de Finanzas y Crédito Público y el Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador.

Que, por medio de la Carta de Intención el Ejecutivo compromete el futuro del desarrollo del país, arrogándose funciones de legislador, afecta la soberanía con relación al manejo autónomo de los recursos fiscales al obligarse a ejecutar las instrucciones que emanen del FMI;

Que, para la firma de la Carta, se adjunta el “Memorando de política económica del Gobierno del Ecuador para el 2000”, en el que se señalan los aspectos generales de lo que será su política económica durante los próximos dos años;

Que, el punto IV del Memorando compromete la reducción del déficit del sector público no financiero del 6% del PIB en 1999 a 3,9% en el 2000 y el déficit consolidado del sector público de 7,2% en 1999 a 3,2% en el 2000, a través de varios mecanismos como mayor explotación petrolera, control del gasto en remuneraciones, limitándose el aumento en determinados porcentajes;

Que, respecto de los puntos V, VI y VIII en política monetaria y cambiaria se compromete a acumular un fondo de ciento setenta millones de dólares para la creación de un mecanismo de apoyo de liquidez de los bancos, mantener el sistema de descongelamiento, dictar leyes que permitan operar a los bancos con capitales inferiores al 9% mínimo actual y fijar en US\$2.500.000 para junio del 2001 el capital mínimo y emitir nuevos bonos para pagar depósitos garantizados por la AGD, establecer mecanismos de reestructuración de deudas inferiores a US\$50.000, obtener recursos externos y reestructurar la deuda en bonos Brady y Eurobonos;

Que, el punto IX compromete la privatización de los puertos marítimos de Guayaquil y Esmeraldas, las empresas eléctricas y telefónicas y reducir el empleo en el sector público;

Que, se mantendrá el incumplimiento en materia de ingresos que deben destinarse a salud y educación;

Que, el acto es impugnado por inconstitucional pues fue suscrito sin competencia al no contar con poder o procuración del Presidente de la República, violando el artículo 171, números 3, 12, 13 y 18 de la Constitución y los artículos 11, letras ch, e y f; 57 y 84 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que el acto adolece de los vicios señalados en el artículo 94, letras a y b, del Estatuto,

lo que impide su convalidación y vigencia y que, por último, vulnera los artículos 3, 16, 17, 46, 71, inciso primero, 254 y 255 de la Constitución;

Que, al impulsar la flexibilización laboral, a través de contratos temporales, y la reducción de puestos de trabajo en el sector público, vulnera el artículo 35, número 2, de la Constitución; al incrementarse la desocupación, el impacto de la política fiscal y la privatización de servicios públicos impiden el acceso de los sectores más pobres, violando los artículos 17 y 23, números 7 y 20, de la Constitución;

Que, el acto impugnado viola el artículo 163 de la Constitución, que establece la jerarquía jurídica de los tratados y convenios internacionales, pues la reducción de inversión social, específicamente en salud y educación, vulnera instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que la Carta ha sido rechazada por varios sectores sociales, violándose el artículo 43, letra e, de la Carta de la OEA; que los Estados tienen el deber de formular políticas para mejorar el bienestar de la población, de conformidad con el artículo 2 de la Declaración sobre el Derecho de Desarrollo, la participación popular en la aplicación de planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles, de acuerdo con el artículo 7.1 del Convenio (N.169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, además de vulnerarse la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos 7, 11, 12, 13, 14, 15 y 37, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los artículos 2 (1), 3, 4, 6, 7, 9, 11, 12 y 13 y el Protocolo de San Salvador en los artículos 3, 7, 10 y 13;

Luego del sorteo respectivo, correspondió a la Primera Sala el conocimiento de la presente demanda, la que, después de calificada, mediante providencia de 29 de agosto del 2000, dispone que se corra traslado con la misma al Ministro de Finanzas y Crédito Público y al Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador para que procedan a contestarla, dentro del término legal.

El Ministro de Economía y Finanzas expresa que la Carta de Intención es el conjunto de declaraciones realizadas por el Gobierno de un país a través de sus autoridades económicas, respecto de objetivos o metas de carácter económico, financiero, “intentarán implantarse” a través de los mecanismos constitucionales y legales, y que no derogan, modifican o

establecen normas constitucionales y legales, por lo que no existe acto administrativo, que constituye el objeto de derecho o el contenido de una relación jurídica, en los términos del artículo 24 de la Ley del Control Constitucional. Añade que el Ministro de Economía y el Presidente del Directorio del Banco Central sí representan al Gobierno del Ecuador, de conformidad con los artículos 19, 20, 22 y 24, número 1, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y el artículo 77 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y que ambos son los entes encargados de definir, establecer y poner en marcha el conjunto de políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria, por lo que tenían la capacidad y la obligación de suscribir la Carta de Intención para la concesión de un préstamo que contribuya a corregir los desequilibrios en la balanza de pagos y restablecer la estabilidad económica, a través de un acuerdo posterior a la suscripción de la Carta, además, que los programas de ajuste son decisiones del país y no del FMI. Agrega que no se ha violado el artículo 171 de la Constitución y los artículos 57 y 84 del Estatuto Administrativo, pues no se trata de delegación de competencia, pues se han ejercido facultades propias que ya se han señalado. Por último, hace presente que no se trata de un convenio internacional ni vulnera las normas de Derecho Internacional reseñadas por los demandantes.

El Gerente General del Banco Central del Ecuador señala que la Carta de Intención y el memorando no son actos administrativos pues no crean, modifican ni extinguen derechos de los particulares y que, por otra parte, de conformidad con el artículo 261 de la Constitución que corresponde al Banco Central el establecimiento, aplicación y control de la política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del Estado y el artículo 46 de la Ley de Régimen Monetario señala que el Banco Central actuará en representación del Estado en sus relaciones con el FMI, entre otros, y que la Carta de Intención es el compromiso por el que se hace conocer la intencionalidad política del gobierno en materia económica, incluyendo las metas que se propone alcanzar el país. Señala que la Constitución y la ley otorgan al Presidente de la República y a órganos especializados capacidad discrecional respecto de la política y materia económica, entre éstos, al Banco Central, a quien no le es aplicable el Estatuto Administrativo, de conformidad con su artículo 2.

CONSIDERANDO:

Que, esta Sala es competente para conocer y resolver la demanda planteada, de conformidad con lo que dispone el número 2 del artículo 276 de la Constitución, y lo previsto en el número 2 del artículo 12 en concordancia con el artículo 62 de la Ley del Control Constitucional

Que, para resolver, esta Sala debe analizar si el acto impugnado es un acto administrativo;

Que de conformidad con el artículo 24 de la Ley del Control Constitucional, “Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final”;

Que, mediante acto administrativo se manifiesta la voluntad unilateral de la administración del Estado, sobre asuntos de la administración pública, los mismos que ocasionan efectos jurídicos y, por consiguiente, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico del Estado, al reunirse las condiciones previstas por el Derecho;

Que, en la especie, y como consta de autos de fojas 1 a la 24, no existe autoridad que suscriba el contenido de lo allí mencionado, lo cual decide cuál es la autoridad de la que haya emanado el acto, puesto que la Sala no tiene más elementos de juicio que los constantes en el proceso;

Que, el artículo 171, número 3, de la Constitución dispone como atribución del Presidente de la República: “Establecer las políticas generales del Estado, aprobar los correspondientes planes de desarrollo y velar por su cumplimiento”, por lo que el contenido del memorando impugnado se refiere a materias y decisiones de plena competencia del Jefe de Estado;

Que, el memorando impugnado contiene, específicamente en el punto IX, la intención de reformar ciertos cuerpos legales, ante lo cual se debe tener presente que el Presidente de la República tiene iniciativa legislativa e iniciativa constituyente de conformidad con lo establecido en los artículos 144, número 2, 147, 171, número 4, y 281 de la Constitución, lo que no implica que se pretenda que el Presidente de la República asuma la potestad de legislar, sino someter dicha iniciativa ante el órgano legis-

lativo y que se tramiten de conformidad con el texto constitucional, propuestas que puedan ser aprobadas, modificadas o negadas por el Congreso Nacional;

Que, la Carta de Intención y el memorando impugnado no forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, sino que son parte de las negociaciones que el Ecuador ha mantenido para llegar a un entendimiento con el Fondo Monetario Internacional; por lo que, bien cabe decir que su contenido intrínseco no causa efecto jurídico de modo alguno;

Que, ni la Carta de Intención ni el memorando impugnado producen efectos jurídicos de manera directa, sino que es la manifestación de una determinación que se ha realizado ante un organismo internacional respecto de la política general que el Presidente de la República intenta implantar, la que, de ser el caso, debe ser encauzada ante los organismos competentes en cada materia;

Que, la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo deja sin efecto dicho acto, es decir, le priva de eficacia al anular sus consecuencias jurídicas;

Que, en el presente caso, al no constituir acto administrativo tanto el memorando como la carta de intención impugnada, no pueden ser dejados sin efectos, pues no producen consecuencias jurídicas;

Que, respecto de la atribución del Ministro de Economía y Finanzas para suscribir el memorando impugnado, de conformidad con el artículo 176 de la Constitución, los ministros de Estado representan al Presidente de la República en los asuntos propios del ministerio a su cargo y son responsables de los actos que realicen en el ejercicio de esa representación;

Que, el inciso segundo del artículo 18 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que: “Los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus Ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo los casos expresamente señalados en una Ley especial”;

Que, de conformidad con los artículos 19, 20, 22 y 24, número 1, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, corresponde al Ministro de Finanzas la administración de los recursos financieros del Gobierno, quien ejerce la dirección general de la administración financie-

ra del Gobierno a nombre del Presidente de la República, además de definir y conducir la política financiera del Gobierno Nacional;

Que, asimismo, el Banco Central está facultado para “establecer, controlar y aplicar las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del Estado”, de conformidad con el artículo 261 de la Constitución, entidad autónoma que representa al Estado en sus relaciones con el Fondo Monetario Internacional y otros organismos internacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado;

En ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1. Negar la demanda de inconstitucionalidad presentada por el abogado Francisco Banchón Ramírez, los doctores Enrique Mármol Palacios y Patricio Pazmiño Freire y más de mil ciudadanos contra el acto de suscripción y remisión al señor Stanley Fisher, Director del Fondo Monetario Internacional encargado, de la Carta de Intención y el Memorando Adjunto que contiene el programa de política macroeconómica, fiscal, monetaria, cambiaria y bancaria y la ley fundamental para la transformación económica del Ecuador del 4 de abril del 2000, por parte del Ministro de Finanzas y Crédito Público y el Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador.
2. Disponer que se publique esta resolución en el Registro Oficial para los efectos previstos en el artículo 26 de la Ley del Control Constitucional.-Notifíquese.

2. Carta al Diario “El Comercio”

“Quito, 11 de diciembre de 2006

Sra. Dña.

Guadalupe Mantilla de Acuaviva

Presidenta Ejecutiva del Diario El Comercio

De mi consideración:

Como ciudadana preocupada por la grave crisis que vive el país desde hace años atrás, y en el anhelo de que juntos encontremos las mejores salidas, le hago llegar esta carta dirigida a la sección “Cartas al Director”, la que contiene algunas reflexiones a partir del último editorial del Dr. Fabián Corral, el pasado 7 de diciembre del 2006.

Como asidua lectora del Dr. Corral y por mis estudios en Derecho con especialidad en Derecho Constitucional, encuentro que algunos de los planteamientos que propone en el editorial que menciono son falsos e intencionados.

El editorialista parte de una identificación del poder como un limitante a las libertades personales y un factor modificador de la voluntad y la conducta de los ciudadanos –dicho como defecto, no como virtud, esto es, la virtud de mediar entre las necesidades y aspiraciones de los individuos y grupos, y las posibilidades y lineamientos públicos, o en la versión normativa de Weber, “el poder como probabilidad de que cierta orden sea obedecida por algún grupo”–, vuelve a desempolvar los argumentos a los que la clase política tradicional del país recurre en momentos de crisis política para alertar de supuestos peligros que acechan a la nación: “proponer la concentración de poderes en una asamblea” significa otorgarle “poderes totales”, lo que representa “una innovación que puede cambiar la filosofía, estructura y principios del Estado de Derecho”. FALSO.

De los planteamientos públicos que he escuchado hasta el momento, ninguno de los proponentes plantea una asamblea con “poderes totales”. Se propone sí, una asamblea constituyente con “plenos poderes”, una asamblea “originaria”, por lo que no solo que el planteamiento del Dr.

Corral es falso sino, también, mal intencionado. Es falso porque, como estudioso del Derecho, de la historia y la filosofía del Derecho, sabe que el “poder constituyente”, término utilizado desde la Revolución Francesa (1789) y teorizado, por primera vez, por Emanuel Joseph Sieyes, representa la “potestad que tiene un pueblo de constituir un Estado y de darse la organización jurídica y política que más le convenga”. Si en este momento el pueblo ecuatoriano no se enfrenta a constituir un Estado, está en la urgente necesidad de redefinir su organización jurídica y política, luego del desarme provocado desde hace 20 años atrás por una clase política y económica irresponsable, maniquea y avariciosa.

Las aseveraciones del Dr. Corral tienen una carga de mala intención porque sabiendo que es falso que la asamblea constituyente signifique un ejercicio de poderes totales, de concentración de poderes, de poderes arbitrarios, con este argumento pretende crear animosidades, temores e incertidumbres. El *status quo* se sostiene creando en la población esta clase de temores.

Encierra, además, un discurso que ve al poder soberano ejercido por el pueblo como un factor de peligro porque lo concibe ignorante, caótico, inútil e incoherente. En su editorial del 03.13.06 se expresaba de la siguiente manera: “Las masas son malas electoras, eligen lo que trae la corriente, lo que destaca en la vocinglería universal; eligen lo barato, lo chabacano y lo torpe, para luego tirar por la borda a sus ídolos y lamentarse del error”.

En otro editorial hablaba de la “vocación autoritaria de los pueblos”; sosteniendo que: “en América Latina muchos de sus pueblos siguen obrando como siervos...” que “el pueblo se conforma con ellos y les llama cuando faltan, les extraña porque no puede vivir sin jefes...” que son “...masas de gente que claman por tener, sobre sí, mayoriales con látigo”.

Hablando de la cultura política, en otro editorial acuña lo que denomina “La Teoría de la democracia de tumulto”, que según el articulista representa una renuncia al Estado de derecho y una atribución de “poderes omnímodos a esas enormes federaciones de minorías que son las asambleas refundadoras”. Su vocación por una democracia formal de elites le lleva a sostener un profundo desprecio por el pueblo, adjudicándole todo tipo de irracionalidades, oportunismos y resentimientos. El pueblo, la

masa, el populismo, todo lo que huele a popular es despreciable y combatible. Ilustrado, pero ciego y sistemático despreciador del pueblo.

En su artículo de 7 de diciembre, plantea una serie de preguntas que también buscan confundir a los lectores. Se pregunta: ¿Tendrá veto el presidente sobre lo que la Asamblea legisle? ¿Podrá en el futuro el TC, examinar la constitucionalidad de leyes dictadas por la Asamblea en oposición de la CP? El Dr. Corral sabe perfectamente que la respuesta es *no*, porque el poder constituido no tiene poder de veto sobre el poder constituyente, y porque en el momento en que se aprueba una nueva carta política es imposible medirle con el antiguo molde, con la Constitución que acaba de ser sustituida. A decir de Eugenio Bulygin, lo que surge de una Asamblea Constituyente representa una norma independiente del orden jurídico que ésta instituye: si sustituimos la constitución originaria por otra distinta, estamos en presencia de otro orden jurídico. No se trata de un cambio de escritura, se trata de un cambio de orden jurídico porque sus normas independientes son diferentes.

A renglón seguido se pregunta: ¿Podrá la Asamblea hacer actos de gobierno y de administración, por ejemplo, modificar la política de hidrocarburos, financiera que adopte el Presidente? El Dr. Corral sabe perfectamente que *sí* podría la Asamblea cambiar los lineamientos de la política hidrocarburífera y financiera aplicada por anteriores y actuales gobernantes. Esta pregunta que pone en duda el ejercicio de poderes legítimos de la Asamblea Constituyente, en verdad, encierra temores de los sectores económicos y políticos que, hasta el momento, han sido beneficiarios de privilegios y canonjías.

La Asamblea Constituyente ejerce “plenos poderes” no “poderes totales”. Los plenos poderes representan el ejercicio de la soberanía del pueblo como poder constituyente. La Asamblea Constituyente realiza “cambios” en la estructura del Estado, en el sistema político, económico, social, no realiza “reformas”, porque esa es una tarea del poder constituido. Los cambios que conciba la Asamblea deberán encuadrarse en los “aspectos”, no en “temas puntuales”, referentes a la crisis política que enfrenta el país en los últimos años, a saber: quiebre de la institucionalidad pública, falta de legitimidad del sistema político, crisis de representatividad política, falta de coherencia entre el sistema político y el sistema económico y el

sistema de derechos de las personas; falta de equilibrio e independencia entre el poder político y el poder económico; falta de espacios de representación y procesamiento de demandas de la sociedad, entre otros.

Porque no se trata de una reforma sino de un cambio del sistema político-económico del país; es que la asamblea constituyente no puede más que ejercer poderes plenos, y no poderes totales que es sinónimo de poder arbitrario e ilegítimo. La Asamblea ejerce poderes soberanos y legítimos, y tiene la capacidad de legislador primario, originario. Es en este momento, que el país clama por transformaciones de fondo, en que se requiere mantener un debate franco, amplio y sustentado, no un debate engañoso y desinformador.

Dra. Gina Chávez V.

Maestra en Derecho con mención en Derecho Constitucional
Profesora adjunta de FLACSO, sede Ecuador,